PROZESSHANDLUNGSVORAUSSETZUNGEN IM STREITIGEN ZIVILPROZESSUALEN VERFAHREN

DISSERTATION

zur Erlangung des Doktorgrades der
Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von

Thomas Groger

aus Leuna

Göttingen 1964

Druck und Schreibsatz: Andreas Funke, Offsetdruck,
Göttingen, Paulinerstraße 13

PROZESSHANDLUNGSVORAUSSETZUNGEN IM STREITIGEN ZIVILPROZESSUALEN VERFAHREN

DISSERTATION

zur Erlangung des Doktorgrades der
Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von

Thomas Groger
aus Leuna

Göttingen 1964

Berichterstatter: Professor Dr. W. Henckel

Mitberichterstatter: Professor Dr. K. Michaelis

Tag der mündlichen Prüfung: 24. Juni 1964

Meinen lieben Eltern

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544311_0062

GLIEDERUNGSÜBERSICHT

		Seite
§ 1	Einleitung	1
§ 2	Prozeßhandlungen	3
§ 3	Prozeßvoraussetzungen	4
§ 4	Prozeßhandlungsvoraussetzungen	6
	I. Herkunft des Begriffs	6
	II. Inhalt des Begriffs nach Rosenberg	6
	1. Äußerliche Gemeinsamkeiten der Prozeßhandlungsvoraussetzungen	6
	2. Folgen des Fehlens von Prozeßhandlungsvoraussetzungen	10
	III. Meinungsstand zu Rosenbergs Begriff der Prozeßhandlungsvoraussetzungen	15
§ 5	Die Parteifähigkeit als Prozeßhandlungsvoraussetzung	17
	I. Begriff der Partei	17
	II. Begriff der Parteifähigkeit nach der herrschenden Meinung	17
	III. Kritik am herrschenden Begriff der Parteifähigkeit	18
	1. Widerspruch zum Begriff der Partei	18
	2. Frühere Lösung des Widerspruchs	19
	3. Heutiger Stand zur Nichtigkeitslehre	20
	4. Unrichtigkeit des herrschenden Begriffs der Parteifähigkeit	21
	IV. Wirksamkeit der Prozeßhandlungen des Parteiunfähigen	21
	1. Argument aus § 50 I ZPO	21
	2. Argument aus § 56 I ZPO	22
	3. Argument aus § 274 II 7 und I ZPO	22
	4. Argument aus § 275 ZPO	23

Seite

5. Standpunkt der herrschenden Meinung zu § 275 ZPO 24
6. Kritik der herrschenden Meinung 25
7. Argument aus § 579 I 4 ZPO 27
8. Prozeßhandlungen des Parteiunfähigen im Nebenverfahren 29
9. Grenzen des wirksamen Handelns des Parteiunfähigen 31

V. Erforderlichkeit eines Urteilsverfahrens (Problem der A-limine-Abweisung) 33
1. Meinungsstand 34
2. Geschichtliche Entwicklung der A-limine-Abweisung 36
3. Dogmatische Stellung der Terminsbestimmung 38
4. Einzelfälle erforderlicher Abweisung a limine 39
a) Klageschrift ohne Unterschrift 40
b) Fehlende oder ungenügende Bezeichnung des Beklagten 40
c) Nicht ernst gemeinte, unmögliche, bedingte Klage 41
d) Exemtion des Beklagten 41
e) Klageschrift mit beleidigendem Inhalt 42
5. Ablehnung der Terminsbestimmung und Anspruch auf rechtliches Gehör 43
6. Partei- bzw. Prozeßunfähigkeit und Terminsbestimmung 44
7. Verfahren bei feststehender Prozeßunfähigkeit 46

VI. Definition der Parteifähigkeit 47
VII. Relative Bewertung der Prozeßhandlungen des Parteiunfähigen 49
VIII. Handeln des Parteiunfähigen im Rechtsmittelverfahren 55

Seite

1. Einlegung der Berufung als Bewirkungshandlung 55
2. Art der Entscheidung 57
3. Tenor der Entscheidung bei Berufung des Parteiunfähigen gegen ein teilweise zusprechendes Sachurteil 60

§ 6 Die Prozeßfähigkeit und die Legitimation des gesetzlichen Vertreters als Prozeßhandlungsvoraussetzungen 63

I. Parallele zur Parteifähigkeit 63
II. Begriff der Prozeßfähigkeit 64

§ 7 Die Vollmacht des gewillkürten Vertreters als Prozeßhandlungsvoraussetzung 65

I. Amtsgerichtliches Verfahren 65
1. Das Handeln des Vertreters im Formalprozeß 65
2. Verfahren bei fehlender Nachweisung der Vollmacht 68
II. Anwaltsprozeß 68
1. Das Handeln des Vertreters im Formalprozeß 68
2. Verfahren bei Rüge des Vollmachtmangels durch den angeblichen Vollmachtgeber 70

§ 8 Die Postulationsfähigkeit als Prozeßhandlungsvoraussetzung 71
I. Meinungsstand 71
II. Die Ansicht des LG Kassel 73
III. Kritik an der Ansicht des LG Kassel 73

§ 9 Prozeßvoraussetzungen als Prozeßhandlungsvoraussetzungen 76

79

LITERATURVERZEICHNIS

Abend	Prozesse nicht prozeßfähiger und nicht existenter Parteien, Diss. Erlangen 1953
Aubin	Anmerkung zum Beschluß des LG Kiel, JZ 1954/120
Baumbach-Lauterbach	Zivilprozeßordnung, 27. Auflage München und Berlin 1963
Baumgärtel	Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß, Berlin und Frankfurt a.M. 1957
Baur	Der Anspruch auf rechtliches Gehör, AcP 153/393
Beling	Deutsches Reichsstrafprozeßrecht, Berlin und Leipzig 1928
Bley	Klagerecht und rechtliches Interesse, Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 5, Leipzig 1923
Blomeyer	Zivilprozeßrecht, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1963
Boor, Hans Otto de Bruns	Rechtsstreit, Berlin 1940 Besprechung der 4. Auflage von Rosenbergs Lehrbuch, AcP 151/186 ff
Bülow	Die neue Prozeßrechtswissenschaft und das System des Zivilprozeßrechts, ZZP 27/201
Bülow	Die Lehre von den Prozeßeinreden und die Prozeßvoraussetzungen, Gießen 1868
Dahm	Deutsches Recht, 2. Auflage, Stuttgart 1963
Eccius	Die Stellung des Richters bei der Terminsbestimmung im Falle einer Ladung durch die Partei, Gruchot 29/1
Engisch	Prozeßfähigkeit und Verhandlungsfähigkeit, Festgabe für Rosenberg, München und Berlin 1949

	Entwurf einer allgemeinen Zivilprozeßordnung für die deutschen Bundesstaaten, hersg. von Struckmann, Hannover 1866
	Entwurf einer deutschen Zivilprozeßordnung, als Manuskript gedruckt Berlin 1871
Fischer	Über die Bestimmung und Bekanntmachung der Termine und die Ladung, insbesondere über Parteibetrieb und Gerichtstätigkeit in dieser Beziehung, Gruchot 25/620
Fortenbach	Prüfung des Vorsitzenden bei Bestimmung des Termins auf einem eine Ladung enthaltenden Schriftsatze, insbesondere auf einer Beschwerdeschrift, ZZP 8/153
Gaul	Der Widerruf der Rechtsmittelrücknahme nach rechtskräftigem Verfahrensabschluß unter Berücksichtigung des gleichen Problems beim Rechtsmittelverzicht, ZZP 74/49
Geis	Die unvollständige Regelung der Prozeßvoraussetzungen in der Zivilprozeßordnung, Diss. München 1954
Gönner	Entwurf eines Gesetzbuchs über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen, Erlangen 1815
Goldschmidt	Zwei Beiträge zum materiellen Ziviljustizrecht, Berliner Festschrift für Heinrich Brunner, München und Leipzig 1914, S. 108
Goldschmidt	Materielles Justizrecht, Festgabe für Hübler, Berlin 1905
Goldschmidt	Der Prozeß als Rechtslage, Berlin 1925
Goldschmidt	Zivilprozeßrecht, 2. Auflage, Berlin 1932
Hahn	Die gesamten Materialien zur Zivilprozeßordnung, Bd. II Abt. 1, 2. Auflage, Berlin 1881
Heilbut	Müssen und Sollen in der deutschen Zivilprozeßordnung, AcP 69/331
Hein	Identität der Partei, Berlin und Leipzig 1918

Hellmann	Zur Lehre vom Mangel der Prozeßfähigkeit, der Legitimation als gesetzlicher Vertreter und der Prozeßvollmacht nach deutschem Zivilprozeßrecht, ZZP 27/261 ff
Hellwig	Klagrecht und Klagmöglichkeit, Leipzig 1905
Hellwig	Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. 1, 2, 3, Leipzig 1907, 1909
Hellwig	System des Deutschen Zivilprozeßrechts, Leipzig 1912
Henckel	Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß, Heidelberg 1961
Hoche	Zivilprozeßrecht, 2. Auflage, Darmstadt 1954
Höpfner	Vertretung ohne Vollmacht im Zivilprozeß, Diss. Göttingen 1899
Jauernig	Das fehlerhafte Zivilurteil, Frankfurt a.M. 1958
Josef	Die amtliche Behandlung von Schriftstücken beleidigenden Inhalts, Recht 1903/232
Just	Zivilprozeßrechtliche Kontroversen, AcP 68/268
Kisch	Unwirksame Urteile, LZ 1923/625
Kohler	Der Prozeß als Rechtsverhältnis, Mannheim 1888
Kralik	Die internationale Zuständigkeit, ZZP 74/2

Lang	Zur Lehre vom Prozeßurteil, Diss. Jena 1933
Lent	Zur Neuregelung der prozeßhindernden Einreden, AkZ 42/244 ff
Lent-Jauernig	Zivilprozeßrecht, 11. Auflage, München und Berlin 1963
Levy	Die Reihenfolge der Prozeßvoraussetzungen, ZZP 20/87
Löwe-Rosenberg	Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 21. Auflage, Berlin 1962
Luckes	Der beschränkt Geschäftsfähige als Prozeßvertreter, ZZP 69/150 ff
Luxenberg	Zur Lehre von den mangelhaften Parteihandlungen im Zivilprozeß und ihrer Heilung, Diss. Erlangen 1935
Mayer, Friedrich-Karl	Die Parteifähigkeit im Zivilverfahren, insbesondere im arbeitsgerichtlichen Verfahren, Diss. Heidelberg 1930
Merzyn	Die Stellung der parteiunfähigen Partei im Zivilprozeß, Diss. Marburg 1934
Nagler	Der Parteibegriff im Zivil- und Strafverfahren, In: Abhandlungen verschiedener Autoren zum Zivilprozeß Bd.2
Niese	Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, Göttingen 1950

Nikisch	Zivilprozeßrecht, 2. Auflage, Tübingen 1952
Nußbaum	Prozeßhandlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse Fischers Abhandlungen Bd. 17 Heft 1
Pagenstecher	Gerichtsbarkeit und internationale Zuständigkeit als selbständige Prozeßvoraussetzungen, Rabels Z 1937/337
Petersen	Über den Parteibegriff und die Parteifähigkeit, ZZP 18/1
Pfizer	Die Einrede der mangelden Prozeßfähigkeit, ZZP 13/156
Planck	Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. I Nördlingen 1887, Bd. II München 1896
Raab	Die Prozeßvoraussetzungen und die Reihenfolge ihrer Prüfung, Diss. Frankfurt a.M. 1949
Ratzke	Nichturteil und unwirksames Urteil im Zivilprozeß, Diss. Marburg 1931
Reiner	Die Zurückweisung einer beabsichtigten Klage durch Beschluß, Diss. Erlangen 1959
Riezler	Internationales Zivilprozeßrecht, Berlin, Tübingen 1949
Rittelmeyer	Der maßgebende Zeitpunkt für die Prozeßvoraussetzungen, Diss. Erlangen 1948

Röhl	Das rechtliche Gehör, NJW 1958/1268
Rosenberg	Beiträge zur Lehre von den Prozeßvoraussetzungen, ZStW 36/522
Rosenberg	Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Auflage München und Berlin 1961
Rosenberg	Stellvertretung im Prozeß, Berlin 1908
Rupp	Zur neuen Verwaltungsgerichtsordnung: Gelöste und ungelöste Probleme , AöR Bd. 85/149
Sauer	Grundlagen des Prozeßrechts, 2. Auflage Stuttgart 1929
Sauer	Die Prozeßvoraussetzungen, LZ 1919/671
Sauer	Allgemeine Prozeßrechtslehre, Berlin 1951
Schmidt, Eberhard	Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil I, Göttingen 1952
Schmidt,, Richard	Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Auflage, Leipzig 1906
Schönke-Baur	Zwangsvollstreckungs- Konkurs- und Vergleichsrecht 7. Auflage, Karlsruhe 1963
Schönke- Schröder-Niese	Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 8. Auflage 1956

Schultz	Die fehlerhafte Prozeßbegründung, Diss. Göttingen 1911
Schultzen- stein	Über die Bestimmung des zuständigen Gerichts durch das höhere Gericht, ZZP 23/58
Seuffert	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Bd. 1, 10. Auflage, München 1907
Siegert	Prozeßhandlung, ihr Widerruf und ihre Nachholung, Berlin 1929
Siegert	Allgemein anerkannte und regionale Grundsätze im Zivilprozeßrecht, AcP 155/28
Sintenis	Der simulierte Prozeß, ZZP 30/358
Skedl	Parteiunfähigkeit - absoluter Nichtigkeitsgrund, RheinZ 12/347
Soergel- Siebert	Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. I, Stuttgart 1959
Stein	Grundriß des Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts, 3. Auflage, Tübingen 1928
Stein-Jonas- Schönke-Pohle	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 18. Auflage, Tübingen 1953
Süß	Die dogmatische Bedeutung des Verstoßes gegen die einzelnen Vorschriften der Klageerhebung im Zivilprozeß, Festgabe für Paul Heilborn, Breslau 1931, S. 125
Süß	Ist die Klageerhebung eine Prozeßvoraussetzung, ZZP 54/12

Ulbricht	Die vollmachtlose Stellvertretung im Reichszivilprozeß, AcP 78/48 ff
Wach	Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Leipzig 1885
Wach	Urteilsnichtigkeit RheinZ 3/373
Wach	Nochmals Urteilsnichtigkeit; RheinZ 4/509
Walsmann	Der Irrtum im Prozeßrecht, AcP 102 S. 1
Weismann	Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. I und II, Stuttgart 1903, 1905
Weizsäcker	Unrichtige Parteibezeichnung in der Klageschrift, ZZP 27/20 ff
Wetzell	System des ordentlichen Zivilprozesses, 3. Auflage, Leipzig 1878
Wieczorek	Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, Berlin 1957
Wurzer	Die Prozeßvoraussetzungen, Gruchot 64/41
Wurzer	Die Überwindung des Zwiespalts zwischen der Parteiunfähigkeit und der Parteifähigkeit des nichtrechtfähigen Vereins, Recht 1920/206

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

AcP	Archiv für civilistische Praxis
AkZ	Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht
Anm.	Anmerkung
BayZ	Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
Diss.	Dissertation
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
Einl.	Einleitung
FamRZ	Ehe und Familie
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot
GVG	Berichtsverfassungsgesetz
HansGZ	Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitschrift
h.M.	herrschende Meinung
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
LG	Landgericht
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagwerk des BGH in Zivilsachen
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	Monatszeitschrift für Deutsches Recht
Mugdan	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Mugdan, Falkmann
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
Rabels Z	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begründet von Rabel
Recht	Das Recht, begründet von Soergel
RGBl	Reichsgesetzblatt

RGVZS	Entscheidungen der vereinigten Zivilsenate des Reichsgerichts
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RheinZ	Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht
S	Seite
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
SeuffA	Seufferts Archiv für Entscheidungen oberster Gerichte
SGG	Sozialgerichtsgesetz
Sp.	Spalte
SRZ	Saarländische Rechts- und Steuerzeitschrift
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung
Warn.	Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts
z.B.	zum Beispiel
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

§ 1 EINLEITUNG

In der zivilprozessualen Literatur ist weithin die Ansicht verbreitet, Parteifähigkeit, Prozeßfähigkeit und an letzterer Statt die Prozeßführung durch den gesetzlichen Vertreter, seien nicht nur Prozeßvoraussetzungen, sondern auch Prozeßhandlungsvoraussetzungen [1]. Das bedeutet, um mit Rosenberg [2] zu sprechen, daß diese Prozeßvoraussetzungen in ihrer Eigenschaft als Prozeßhandlungsvoraussetzungen schon bei Klageerhebung vorliegen und auch weiterhin zur Zeit der Vornahme der einzelnen Prozeßhandlungen während des ganzen Prozesses andauern müssen.

Man sieht die Parteifähigkeit und die Prozeßfähigkeit also doppelfunktionell.
Einmal sollen sie für die Bewertung des Prozesses als Ganzen [3], zum anderen aber auch für die Bewertung der einzelnen in diesem Prozeß vorgenommenen Handlungen von Bedeutung sein.

Auf den ersten Blick erscheint das Zusammenspiel der beiden Funktionen einleuchtend . Denn wo ein Prozeß in seinen einzelnen Teilen fehlerhaft ist, muß er es, da sich ein Urteil im allgemeinen nicht auf fehlerhafte Akte gründen darf, auch in seiner Gesamtheit sein.

Aber hier ergeben sich schon die ersten Zweifel. Überwiegend hält man nämlich das Handeln partei- bzw. prozeßunfähiger Parteien für unwirksam, während der Prozeß in seiner Gesamtheit beim Mangel dieser Voraussetzungen der Bewertung als unzulässig unterliegt. Wie kann es aber

---

1) So, wenn auch nicht immer wörtlich:
Baumgärtel 102; Baumbach-Lauterbach § 56 1B; Stein-Jonas § 300 III 1; Hellwig System 449; Goldschmidt Rechtslage 471; Süß Festgabe Anm. 12 zu S. 130; Lent-Jauernig §§ 19 III, 20 IV; Rittelmeyer 8.

2) § 42 III 1 b.

3) Vgl. Sauer Grundlagen 151, Rosenberg § 89 I 2; Beling 166; Richard Schmidt 662; Sauer LZ 1919/672.

zu dieser Bewertung des Prozesses als Ganzen und zur Abweisung der Klage als unzulässig kommen, wenn die den Prozeß ausmachenden einzelnen Handlungen - weil unwirksam - für das Prozeßgeschehen ohne jegliche rechtlich anerkannte Bedeutung sind ? Wie soll unter diesen Umständen eine Klageerhebung überhaupt möglich sein? Wäre es nicht konsequent, auf die Einreichung der Klageschrift durch einen Partei- oder Prozeßunfähigen von seiten des Gerichts mit der Verweigerung der Terminbestimmung oder der Abweisung der beabsichtigten Klage a limine judicii zu reagieren? Denn unwirksame Prozeßhandlungen können nicht den gleichen Erfolg haben wie wirksame, dürften also auch für die Erhebung der Klage nicht ausreichen.

Wäre dem Partei- oder Prozeßunfähigen aber eine Klageerhebung, die zu einem Urteil - wenn auch nur zu einem Prozeßurteil - führt, unmöglich, so könnten Partei- und Prozeßfähigkeit nicht länger als Prozeßvoraussetzungen im Sinne von Voraussetzungen der Zulässigkeit eines Sachurteils verstanden werden. Da ein Prozeß bei ihrem Mangel nicht zustande kommen könnte, wären sie vielmehr Prozeßexistenzbedingungen.

Hier erhebt sich eine weitere Frage. Ist - wie man überwiegend definiert - die Parteifähigkeit wirklich die Fähigkeit, Subjekt eines Prozesses, d.h. im Urteilsverfahren Kläger oder Beklagter sein zu können ? Und wäre es so, könnte man dann die Parteifähigkeit noch als Prozeßvoraussetzung bezeichnen, wo doch ihr Fehlen nach der Definition bewirken müßte, daß der parteiunfähige "Kläger" nicht Kläger sein und daher auch kein Urteil, nicht einmal ein Prozeßurteil erlangen kann?

Diese Probleme, die ebenso bei der Prozeßfähigkeit und anderen Prozeßhandlungsvoraussetzungen auftauchen, sollen im folgenden Gegenstand der Erörterung sein.

Zunächst empfiehlt sich jedoch eine Klärung der Grundbegriffe: Prozeßhandlung, Prozeßvoraussetzung, Prozeßhandlungsvoraussetzung.

§ 2 PROZESSHANDLUNGEN

Der Ausdruck "Prozeßhandlung" findet sich in der Zivilprozeßordnung verhältnismäßig häufig [1]. Es fehlt aber eine gesetzliche Definition, so daß seine Begriffsbestimmung sich außerhalb des Gesetzes vollzogen hat [2].

In Anlehnung an den allgemeinen Handlungsbegriff wird der Begriff der Prozeßhandlung von Baumbach-Lauterbach ganz grob wie folgt definiert:
Prozeßhandlungen sind die auf Prozeßentwicklung gerichteten Handlungen des Gerichts oder einer Partei gegenüber einer Partei oder dem Gericht [3].

Für die Prozeßhandlungen des Gerichts (oder genauer der staatlichen Prozeßorgane: des Gerichts, des Vorsitzenden, des beauftragten oder ersuchten Richters, des Urkundsbeamten, des Gerichtsvollziehers) ist die oben gegebene Begriffsbestimmung ausreichend, da praktisch jede gerichtliche Handlung, die in Verfolg eines Verfahrens vorgenommen wird, zum Prozeß gehört und zu seiner Entwicklung bestimmt ist.

Anders ist es bei den Parteihandlungen. Nimmt man z.B. den Fall der Bestellung eines Prozeßbevollmächtigten von Klagerhebung, so nützt der oben gewonnene Begriff der Prozeßhandlung zur Klärung der Frage, ob die Bestellung des Prozeßbevollmächtigten eine Prozeßhandlung ist, nicht viel. Da er es auf den ebenso unklaren - und in seinen Voraussetzungen von dem Begriff der Prozeßhandlung abhängigen - Begriff des Prozesses abstellt, kann er keine Auskunft darüber geben, ob die Bevollmächtigung als bloß vorbereitende Handlung zu bewerten ist, oder bereits zum Prozeß gezählt und damit als Prozeßhandlung angesehen werden muß.

1) Z.B. in §§ 54, 67, 78 II, 81, 83, 85, 178, 230, 231, 236, 237, 238, 249, 295 ZPO.
2) Siegert Prozeßhandlungen 18.
3) § 128 Grundzüge Anm. 5 A, ähnlich Lent § 29 I

Die Literatur hat sich aus diesem Grunde vornehmlich der Verfeinerung des Begriffs der Parteiprozeßhandlungen angenommen und ihn etwa wie folgt gefaßt:
Prozeßhandlungen der Parteien sind alle prozeßgestaltenden Betätigungen, d.h. jedes äußere, auf bewußtem Willen beruhende Verhalten, das in Voraussetzungen und Wirkungen vom Prozeßrecht geregelt ist [1].

Baumgärtel stellt fagegen darauf ab, ob das Verhalten einer Partei charakteristischerweise eine Gestaltung des Verfahrens oder die Schaffung eines Tatbestandes zur Folge hat, der sich auf ein bestimmtes Verfahren bezieht und mit der Geltendmachung im Prozeß eine Verfahrensgestaltung herbeiführt oder verhindert [2].

Welcher Definition der Vorzug gebührt, braucht hier nicht entschieden zu werden. Im Verlauf der Erörterungen wird es nur auf solche Handlungen der Parteien ankommen, die den Prozeß begründen oder innerhalb des Verfahrens vorgenommen werden. In diesem Bereich sind aber nach beiden Definitionen die Handlungen der Parteien Prozeßhandlungen.

§ 3 PROZESSVORAUSSETZUNGEN

Über den Begriff der Prozeßvoraussetzungen besteht in der neueren prozeßrechtlichen Literatur im wesentlichen Einigkeit. Danach kommt den Prozeßvoraussetzungen nicht - wie man aus dem Wort folgern sollte - die Bedeutung von Voraussetzungen für das Zustandekommen des Prozesses zu [3]; sie sind vielmehr Eigenschaften [4] der Prozeßbeteiligten oder sonstige Umstände [5], die Voraussetzung für die Zulässigkeit der

1) So wörtlich Rosenberg § 59 I.
Sinngemäß übereinstimmend Stein-Jonas § 128 Vorb. IV 1a, Walsmann AcP 102/22.
2) Baumgärtel 291.
3) So allerdings der Schöpfer des Begriffs "Prozeßvoraussetzungen", Bülow, Prozeßvoraussetzungen 9 und ZZP 27/236.
4) Sauer Grundlagen 156.
5) Abend 9.

Verhandlung zur Hauptsache sind. Fehlen sie, so darf ein Sachurteil nicht ergehen; die Klage muß durch Prozeßurteil als unzulässig abgewiesen werden [1]. Man spricht daher von ihnen auch als Sachurteilsvoraussetzungen[2] oder Zulässigkeitsbedingungen für die Sachverhandlung [3] und den Erlaß des Sachurteils [4].

Wenn Rosenberg die Prozeßvoraussetzungen als Prozeßzulässigkeitsvoraussetzungen[5] definiert, so ist diese Fassung gegenüber der der Sachurteilsvoraussetzungen dem Worte nach zwar weiter, da sie auf den ganzen Prozeß von der Erhebung der Klage bis zum Urteil abhebt. Ein sachlicher Unterschied besteht aber nicht [6]. Auch Stein-Jonas und die übrigen Verfechter der Definition "Sachurteilsvoraussetzungen" räumen ein, daß sich in dieser Wirkung die Prozeßvoraussetzungen nicht erschöpfen und daß sie auch bei Klageerhebung und während der einzelnen Abschnitte der Sachverhandlung vorliegen müssen. Wenn sie die Prozeßvoraussetzungen dennoch als Sachurteilsvoraussetzungen definieren, dann deshalb, weil hierin das Wesentliche und für die Praxis in erster Linie Bedeutsame zum Ausdruck kommt [7].

Von den Prozeßvoraussetzungen sind zu unterscheiden die Voraussetzungen einzelner Prozeßhandlungen und einzelner Prozeßabschnitte[8]. Damit kommen wir zur Erörterung der Prozeßhandlungsvoraussetzungen.

---

1) Rosenberg § 89 IV I.
2) Stein-Jonas § 274 I 1, Goldschmidt Zwei Beiträge 150.
3) Schönke-Schröder-Niese § 45I, Bley 107, Sauer Grundlagen 151.
4) Abend 9, Baumbach-Lauterbach § 253 Grundzüge 3A.
5) § 89 I 2.
6) Vgl. Eberhard Schmidt Teil I Anm. 107, 108.
7) Vgl. Rosenberg § 89 I 2.
8) Rosenberg § 89 I 2, Sauer Grundlagen 159, 161, Seuffert § 274 Anm. 1, Rosenberg ZStW 36/541.

§ 4 PROZESSHANDLUNGSVORAUSSETZUNGEN

I.

Der Begriff der Prozeßhandlungsvoraussetzung ist der Zivilprozeßordnung fremd. Soweit ersichtlich, wurde er zum ersten Male von Bley in seiner Schrift " Klagrecht und rechtliches Interesse" verwendet [1]. Dort stellt Bley den Begriff der Prozeßvoraussetzung dem der Prozeßhandlungsvoraussetzung gegenüber. Anlaß ist die Begriffsbestimmung der Prozeßvoraussetzungen.

Bley führt aus, Sachentscheidungserfordernisse bloß mit Beziehung auf den Urteilsakt als Prozeßhandlung - also Prozeßhandlungsvoraussetzungen - gebe es nicht. Prozeßvoraussetzungen seien vielmehr als Voraussetzungen der Sachentscheidung zugleich solche der gesamten Sachverhandlung.

Bley benutzt den Begriff der Prozeßhandlungsvoraussetzungen also nur zur Verdeutlichung der Tatsache, daß durch ein Fehlen der Prozeßvoraussetzungen der Sachprozeß in seiner Gesamtheit betroffen ist und wendet sich damit in erster Linie gegen Nußbaum, der in diesem Zusammenhang auf "Klagevoraussetzungen" und "Urteilserfordernisse" abhebt [2]. Eine prozeßwissenschaftliche Begriffsbildung, die zum Ziele hat, bestimmte Tatsachen hinsichtlich ihrer Auswirkungen zu kategorisieren, ist mit der Verwendung des Wortes "Prozeßhandlungsvoraussetzungen" von Bley offensichtlich nicht beabsichtigt.

Diesen Schritt hat erst Rosenberg vollzogen. Von der ersten Auflage seines Lehrbuchs an genießt bei ihm der Begriff der Prozeßhandlungsvoraussetzungen neben dem der Prozeßvoraussetzungen eine inhaltlich umschriebene Eigenständigkeit [3].

II.

1. Rosenberg versteht die Prozeßhandlungsvoraussetzungen als Wirksamkeitsvoraussetzungen einzelner Prozeßhandlungen. Jedoch soll damit keine ein-

1) Bley Leipziger Studien 1923 S. 107.
2) Nußbaum 133 ff.
3) Rosenberg 1. Auflage 1927 S. 107, jetzt § 42 III 1 b.

heitliche Erfassung der mannigfaltigen von der Prozeßordnung als Voraussetzung für die fehlerfreie Vornahme von Prozeßhandlungen aufgestellten Voraussetzungen erreicht werden. Wo Rosenberg von Prozeßhandlungsvoraussetzungen spricht, da meint er solche in der Person der Parteien oder ihrer Vertreter begründeten Umstände, die nicht nur eine einzige Prozeßhandlung betreffen, sondern sich wie die Prozeßvoraussetzungen während der ganzen Dauer des Verfahrens auswirken.

Im einzelnen sind nach dieser Lehre Prozeßhandlungsvoraussetzungen:

1.) die Parteifähigkeit [1].
2.) die Prozeßfähigkeit [2],
3.) die Vertretungsmacht des gesetzlichen[3] oder gewillkürten [4] Vertreters,
4.) die Postulationsfähigkeit [5].

Damit ist zugleich der Rahmen abgesteckt, in dessen Bereich Rosenberg den Begriff der Prozeßhandlungsvoraussetzungen erörtert und Folgerungen aus ihm zieht [6]. Sonstige Voraussetzungen einzelner Prozeßhandlungen, etwa die von Sauer sogenannten spezifischen Klage- und Urteilsvoraussetzungen, zu denen zum Beispiel die für die Einlegung von Rechtsmitteln einzuhaltenden Fristen gehören [7], läßt Rosenberg aus diesem Bereich heraus. Der Grund hierfür mag die dogamtische Unfruchtbarkeit einer allzuweiten Ausdehnung der Prozeßhandlungsvoraussetzungen gewesen sein.

Immerhin fragt es sich, wieso Rosenberg gerade die vorerwähnten Prozeßhandlungsvoraussetzungen unter diesem Begriff zusammenfaßt. Das Kriterium hierfür könnte ihre Personenbezogenheit sein. Dem würde auch entsprechen, daß Rosenberg die Prozeßhandlungsvoraussetzungen bei der Frage der Genehmigung unter dem Stichwort "persönliche Handlungsvoraussetzungen" erörtert [8].

---

1) Rosenberg § 42 III 1 b.
2) Rosenberg § 43 III 1 b.
3) Rosenberg § 49 II 4 d.
4) Rosenberg § 50 II 8 a, § 51 II 1.
5) Rosenberg § 44 II 1.
6) Im gleichen Umfang sprechen auch Baumgärtel 100 und Stein-Jonas § 300 III 1 von Prozeßhandlungsvoraussetzungen.
7) Sauer Grundlagen 174, 517, 518, Sauer Prozeßrechtslehre 203.
8) Rosenberg § 74 III 1 b, ebenso in § 61 I.

Allerdings wäre dann noch zu klären, warum die Prozeßführungsbefugnis, die ebenso wie Parteifähigkeit und Prozeßfähigkeit eine Prozeßvoraussetzung ist, die Eigenschaften der Partei betrifft [1], nicht auch zum Verband der Prozeßhandlungsvoraussetzungen gehören soll. Rosenberg geht auf diese Frage nicht ein. Er stellt lediglich fest: "Zwar gibt es Prozeßvoraussetzungen, wie die Parteifähigkeit, die Prozeßfähigkeit und an letzterer Statt die Prozeßführung durch den gesetzlichen Vertreter, die zugleich Voraussetzungen der Gültigkeit der von oder gegenüber der Partei vollzogenen Handlungen sind, aber es gibt andere Prozeßvoraussetzungen, wie die Zulässigkeit des Rechtswegs, die Zuständigkeit des Gerichts, die Prozeßführungsbefugnis, deren Mangel die Wirksamkeit der in einem solchen Prozeß vorgenommenen Handlungen nicht in Frage stellt" [2]. Noch deutlicher ist folgende Stelle, in der Rosenberg wörtlich ausspricht, daß die Prozeßführungsbefugnis keine Prozeßhandlungsvoraussetzung sei. Dort heißt es: "Die Prozeßführungsbefugnis ist Voraussetzung der Zulässigkeit der Klage, der Sachverhandlung und der Sachentscheidung, ist also Prozeßvoraussetzung, dagegen keine Prozeßhandlungsvoraussetzung"[3].

Der Grund hierfür scheint die unterschiedliche Stellung der Prozeßführungsbefugnis einerseits und der Prozeßhandlungsvoraussetzungen andererseits zu § 579 I 4 ZPO zu sein.

Nach § 579 I 4 ZPO findet die Nichtigkeitsklage statt, wenn eine Partei in dem Verfahren nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten war, sofern sie nicht die Prozeßführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat. Die Vorschrift betrifft primär die Fälle der Prozeßführung eines Prozeßunfähigen oder des von ihm Bevollmächtigten oder eines falschen gesetzlichen oder eines vollmachtlosen Vertreters [4]. Darüber hinaus findet § 579 I 4 entsprechende Anwendung beim Mangel der Parteifähigkeit [5].

---

1) Henckel 237.

2) Rosenberg § 89 I 4.

3) Rosenberg § 45 III 1.

4) Rosenberg §§ 43 III 5, 49 II 4 e, 51 II 4.

5) Blomeyer § 7 III 1 u. 4, Rosenberg § 42 III 5, BGHZ JZ 1959/127, Schönke-Schröder-Niese § 23 VII, Baumbach-Lauterbach § 579 Anm. 5 u. § 51 Anm. 4 A, anderer Ansicht Nikisch § 29 III 2 und Lent AkZ 1942/246, die bei der Parteiunfähigkeit keinen Raum für eine Genehmigung sehen. Nach ihnen wird der Mangel der bisherigen Prozeßführung durch die Erlangung der Parteifähigkeit automatisch geheilt.

Auch die Postulationsfähigkeit sieht Rosenberg im Zusammenhang mit § 579 I 4 ZPO. Zwar ist die Postulationsfähigkeit ebenso wie die Vollmacht des gewillkürten Vertreters - abgesehen von der Klageerhebung - keine Prozeßvoraussetzung, sondern nur Prozeßhandlungsvoraussetzung[1], und im Gegensatz zur Prozeßfähigkeit ist ihr Fehlen während des Verfahrens weder ein Revisionsgrund noch kann auf diesen Mangel eine Nichtigkeitsklage gestützt werden [2]. Gleichwohl zählt Rosenberg den Mangel der Postulationsfähigkeit zu den Fällen der gesetzlich unstatthaften Vertretung und läßt nach § 579 I 4 ZPO eine Genehmigung der fehlerhaften Prozeßführung des Postulationsunfähigkeit [3].

Dagegen soll ein Fehlen der Prozeßführungsbefugnis weder die Nichtigkeitsklage zulässig machen noch die Wirksamkeit der Prozeßhandlungen des nicht zur Prozeßführung Befugten beeinträchtigen [4].

Zwar handelt es sich bei der Prozeßführungsbefugnis um eine der Parteifähigkeit eng verbundene Prozeßvoraussetzung, die ihre begriffliche Eigenständigkeit erst aus der Aufteilung der Funktionen des materiellen Parteibegriffs erlangt hat [5], gleichwohl verbietet sich eine Gleichbehandlung unter dem Gesichtspunkt des § 579 I 4 ZPO. § 579 I 4 ZPO dient dem Schutze der nicht den gesetzlichen Bestimmungen gemäß am Verfahren beteiligten Partei. Dieser Schutzzweck fehlt bei einem Verfahren mit einem nicht zur Prozeßführung Befugten, denn hier wird der Nichtbefugte und nicht der Prozeßführungsberechtigte Partei; letzterem gegenüber entfaltet das Urteil keinerlei Wirkungen [6].

Es hat also seine innere Berechtigung, wenn Rosenberg die Prozeßführungsbefugnis, obwohl sie wie die Parteifähigkeit und die Prozeßfähigkeit eine Prozeßvoraussetzung ist, die eine Eigenschaft der Partei betrifft, nicht in den Verband der Prozeßhandlungsvoraussetzungen einbezieht.

---

1) Rosenberg § 44 II 1.
2) Rosenberg § 44 II 3.
3) Rosenberg § 44 II 3, anders Blomeyer § 8 IV 3, der die Möglichkeit einer Genehmigung verneint und eine Heilung nur durch Neuvornahme der Prozeßhandlungen für möglich hält.
4) Rosenberg § 45 I 1 und III 7.
5) Henckel 17.
6) Rosenberg § 45 III 7.

Ob es richtig ist, sämtliche von Rosenberg so bezeichneten persönlichen Handlungsvoraussetzungen in der Frage der Genehmigung der Vorschrift des § 579 I 4 ZPO unterzuordnen, soll an dieser Stelle nicht erörtert werden [1]. Hier geht es nur darum, die Systematik zu erkennen , die der Einteilung Rosenbergs zugrunde liegt. Danach scheint der Grund für die Zusammenfassung der Parteifähigkeit, der Prozeßfähigkeit, der Legitimation des gesetzlichen und der Vollmacht der gewillkürten Vertreters sowie der Postulationsfähigkeit unter dem Begriff der Prozeßhandlungsvoraussetzungen die an § 579 I 4 ZPO orientierte Gleichartigkeit der Folgen für die einzelnen Prozeßhandlungen beim Mangel dieser Eigenschaften zu sein. Rosenberg scheint aus der Genehmigungsmöglichkeit des § 579 I 4 ZPO sowie aus den Bestimmungen der §§ 56, 89 ZPO den Schluß gezogen zu haben, daß sämtliche Prozeßhandlungen der nicht nach den Vorschriften der Gesetze vertretenen Partei unwirksam [2] sind und gebraucht demgemäß für die in den Bereich der mangelhaften gesetzlichen Vertretung gemäß § 579 I 4 ZPO fallenden Umstände den Begriff der Prozeßhandlungsvoraussetzungen.

2. Ist damit der äußere Zusammenhang der von Rosenberg unter dem Begriff der Prozeßhandlungsvoraussetzungen behandelten Eigenschaften aufgezeigt, so ist nunmehr die weitere Frage zu erörtern, welche Folgen sich aus dem Fehlen der Prozeßhandlungsvoraussetzungen ergeben.

Nach der Definition Rosenbergs sind Prozeßhandlungsvoraussetzungen Voraussetzungen für die Wirksamkeit einzelner Prozeßhandlungen. Hierauf ist bereits hingewiesen worden. Jedoch ist der Begriff der Wirksamkeit bzw. Unwirksamkeit inhaltlich unbestimmt. Er könnte auf Prozeßhandlungen bezogen verschiedene Bedeutung haben.

---

1) Vgl. zur Frage der Genehmigung von Handlungen Postulationsunfähiger Blomeyer § 8 IV 3 und BSG NJW 1960/1493, wo eine rückwirkende Heilung durch Genehmigung verneint wird; a. A. Baumbach-Lauterbach § 78 Anm. 1 E.

2) Vgl. Luckes ZZP 69/151.

So einmal die, daß das Fehlen einer Prozeßhandlungsvoraussetzung die betreffende Handlung jeglicher rechtlicher Wirkung entkleidet, also für das Gericht und die gegnerische Partei unbeachtlich macht[1]. Das Wort Unwirksamkeit könnte aber auch in dem Sinne gebraucht sein, daß die fehlerhafte Handlung zwar in der Lage sein soll, das Gericht zu einem Tun zu veranlassen, daß der mit der Handlung erstrebte Zweck jedoch nicht erreicht werden kann.

Was Rosenberg unter dem Begriff der Unwirksamkeit versteht, ergibt sich aus der Funktion, die er den Prozeßhandlungsvoraussetzungen beilegt. So sollen die von oder gegenüber einem Parteiunfähigen vorgenommenen Prozeßhandlungen unwirksam in dem Sinne sein, daß das angegangene Rechtspflegeorgan (Gericht) ihnen keine Folge geben darf [2]. Ebenso formuliert Rosenberg bei anderen Prozeßhandlungsvoraussetzungen [3]. Danach ist die Wirkung der durch den Mangel einer Prozeßhandlungsvoraussetzung verursachten Fehlerhaftigkeit von Prozeßhandlungen weder Nichtigkeit im privatrechtlichen Sinne, denn es gibt keinen Fehler, der nicht auf irgend eine Weise geheilt werden könnte [4], noch ist eine solcherart fehlerhafte Parteihandlung für das Gericht unbeachtlich . Das Gericht muß sie beachten, darf ihr aber keine Folge geben und hat sie als unzulässig zurückzuweisen [5]. Lediglich der anderen Partei gegenüber ist die fehlerhafte Parteihandlung ohne rechtliche Wirkung. Sie begründet keine Last, sich einzulassen oder sich zu erklären, ist also im Verhältnis der Parteien zueinander unbeachtlich [6].

Da Rosenberg es in den oben zitierten Fällen auf den Erfolg oder Nichterfolg der am Fehlen einer Prozeßhandlungsvoraussetzung krankenden Parteihandlungen abstellt, können mit diesen nur Erwirkungshandlungen gemeint sein.

---

1) Vgl. etwa Hellwig System 449.
2) Rosenberg § 42 III 1 b.
3) Vgl. zur Prozeßfähigkeit § 43 III 1 b,
   zur Postulationsfähigkeit § 44 II 2.
4) Rosenberg § 74 II.
5) Rosenberg § 74 II.
6) Vgl. Rosenberg § 74 II.

Nach Goldschmidt sind Erwirkungshandlungen diejenigen Parteihandlungen, die dazu bestimmt sind, durch psychische Einwirkung auf den Richter eine Entscheidung bestimmten Inhalts herbeizuführen [1]. Dazu zählen Anträge, Behauptungen und Beweisführungen. Gemeinsam ist den Erwirkungshandlungen, daß sie aus sich heraus keine unmittelbaren Wirkungen entfalten, sondern erst im Zusammenhang mit der durch sie ausgelösten Tätigkeit des Gerichts. Alle anderen Parteihandlungen, die unmittelbar - ohne nachfolgende gerichtliche Tätigkeit - prozessuale Wirkungen auslösen und eine bestimmte Prozeßlage schaffen, sind Bewirkungshandlungen [2].

Rosenberg hat die Unterscheidung Goldschmidt in Erwirkungshandlungen und Bewirkungshandlungen [3] übernommen, nicht dagegen die rechtliche Bewertung der beiden Gruppen.

Für diese gilt nach Goldschmidt je nach ordnungsgemäßer bzw. fehlerhafter Vornahme bei Erwirkungshandlungen das Begriffspaar zulässig - unzulässig, bei Bewirkungshandlungen das Begriffspaar beachtlich - unbeachtlich [4].

Die Unbeachtlichkeit von Bewirkungshandlungen, z.B. der von einem Prozeßunfähigen vorgenommenen Anzeige von der Bestellung eines Zustellungsbevollmächtigten, hat nach dieser Meinung zur Folge, daß - wie es sich schon aus dem Wort ergibt - eine solche Prozeßhandlung weder von der gegnerischen Partei noch vom Gericht zu beachten ist. Dagegen müssen Erwirkungshandlungen vom Gericht grundsätzlich [5] beachtet werden [6]. "Dies folgt zwar nicht begriffsnotwendig aus dem

---

1) Goldschmidt Rechtslage 364.
2) Goldschmidt Rechtslage 456.
3) Rosenberg § 60.
4) Goldschmidt Rechtslage 367, 371. Ebenso Niese 93, 102 und Stein-Jonas IV 6 vor § 128.
5) Ausnahmen macht Goldschmidt für Handlungen, die nicht einmal den Schein von Erwirkungshandlungen erzeugen oder für den Fall, daß die Handlung in gröblicher Weise die Würde des Gerichts verletzt. In diesen Fällen sei auch eine Erwirkungshandlung "unbeachtlich". Vgl. Rechtslage 372; ebenso mit weiteren Beispielen Niese 95.
6) Stein-Jonas V 7 b vor § 128.

Wesen der Erwirkungshandlungen, erklärt sich aber hinreichend aus ihm. Denn im Rechtsstaat erscheint die einfache Nichtbeachtung von Erwirkungshandlungen als Justizverweigerung" [1]. Demnach ist der Beweisantrag einer prozeßunfähigen Partei als Erwirkungshandlung beachtlich - und zwar in dem Sinne, daß der Richter auf ihn reagieren und ihn zurückweisen muß - aber er ist unzulässig.

Im Gegensatz zu Goldschmidt faßt Rosenberg die Folgen der fehlerhaften Vornahme von Prozeßhandlungen unter dem Begriff der Unwirksamkeit zusammen. Teilweise spricht er in gleichem Sinne auch von "Ungültigkeit" [2]. Dahinter verbirgt sich aber keine Unterschiedlichkeit in der Bewertung. Lediglich die Wortwahl ist uneinheitlich. Das zeigt sich an folgender Gegenüberstellung: Wo Rosenberg fehlerhafte richterliche Handlungen als wirksam bezeichnet und sie in anfechtbare und vernichtbare untergliedert [3], gebraucht Goldschmidt den Begriff "beachtlich" und als Unterpunkte "abänderlich" (insbesondere anfechtbar) und "unabänderlich" [4]. Die"Wirksamkeit" Rosenbergs entspricht also der "Beachtlichkeit" Goldschmidts. Denn wenn eine fehlerhafte Handlung des Gerichts "wirksam" aber "anfechtbar" bzw. "vernichtbar" ist, dann bedeutet dies letztlich nichts anderes als Beachtlichkeit dieser Handlung trotz ihrer Fehlerhaftigkeit. Goldschmidt selbst nimmt die begriffliche Gleichstellung vor, wenn er ausführt: "Die Bewirkungshandlungen sind lediglich darauf zu prüfen, ob sie beachtlich oder unbeachtlich d. i. prozessual wirksam oder unwirksam sind" [5].

Auch bei den Erwirkungshandlungen ist in den Auffassungen Rosenbergs und Goldschmidts nur eine terminologische Unterschiedlichkeit festzustellen. Wenn Rosenberg ausführt, die Prozeßunfähigkeit einer Partei mache a l l e Prozeßhandlungen des Prozeßunfähigen unwirksam [6], so zeigt das nur, daß für ihn der Begriff der Unwirksamkeit ein einheitlicher ist und sowohl für Bewirkungs- als auch für Er-

1) So wörtlich Goldschmidt Rechtslage 371. Vgl. Niese 94.
2) Rosenberg § 89 I 4.
3) Rosenberg § 73 II 2.
4) Goldschmidt Rechtslage 498.
5) Goldschmidt Prozeßrecht 121, ähnlich Rechtslage 498.
6) Rosenberg § 43 III 3.

wirkungshandlungen gelten soll. Die Auswirkungen des prozessualen Verstoßes sind dagegen bei Rosenberg und Goldschmidt gleich. Stellt die prozeßunfähige Partei einen Antrag, so ist dieser nach Rosenberg unwirksam und das Gericht darf ihm keine Folge geben, sondern hat ihn zurückzuweisen, ohne auf den Inhalt des Antrages einzugehen [1]. Goldschmidt spricht in diesem Fall von der Unzulässigkeit des Antrags. Die Folgen sind die gleichen: Der Antrag ist als unzulässig zurückzuweisen; er erreicht also nicht den Zweck, zu dessen Herbeiführung er vorgenommen worden ist.

Rosenbergs Begriff der Unwirksamkeit hat also auf die beiden Wertungskategorien Bewirkungs- und Erwirkungshandlungen bezogen jeweils einen anderen Inhalt. Dieser deckt sich mit der Bewertung Goldschmidts für die Bewirkungshandlungen in beachtlich bzw. unbeachtlich und für die Erwirkungshandlungen in zulässig bzw. unzulässig.

Entsprechend hat auch der Begriff der Prozeßhandlungsvoraussetzungen einen je nach Art der betroffenen Parteihandlung verschiedenen Inhalt. Soweit Prozeßhandlungsvoraussetzungen bei der Vornahme von Erwirkungshandlungen fehlen, sind sie Zulässigkeitsvoraussetzungen. Das Gericht muß sie ohne sachliche Prüfung als unzulässig zurückweisen. Dagegen äußert sich die Unwirksamkeit von Bewirkungshandlungen in der Form, daß sie vom Gericht nicht zu beachten sind. Wo Rosenberg lehrt, die wegen Fehlens von Prozeßhandlungsvoraussetzungen unwirksamen Parteihandlungen seien zwar beachtlich, das Gericht dürfe ihnen aber keine Folge geben [2], da sind Erwirkungshandlungen gemeint. Für Bewirkungshandlungen stellt sich die Frage, ob das Gericht ihnen Folge geben darf gar nicht. Bei ihnen kommt es nur darauf an, ob sie in der Lage sind - ohne Dazwischentreten einer gerichtlichen Entschließung - die Prozeßlage unmittelbar zu beeinflussen.

Rosenberg legt dem Begriff der Unwirksamkeit somit die gleiche Einteilung zugrunde, die auch Lent verwendet, wenn er schreibt: "Ist eine Parteihandlung fehlerhaft, weil sie gegen wesentliche Verfahrensvorschriften verstößt, was ... die Fähigkeit des Handelnden anlangt, so ist sie als Erwirkungshandlung erfolglos, weil das Gericht ihr keine Folge geben

1) Rosenberg § 74 II.

2) Rosenberg § 74 II, § 42 III 1 b, § 43 III 1 b, § 44 II 2.

darf (sie vielmehr als unzulässig ab- oder zurückweisen muß), als Bewirkungshandlung unwirksam" [1].

III.

Der von Rosenberg verwendete Begriff der Prozeßhandlungsvoraussetzungen hat auch in der übrigen Literatur seinen Platz [2]. Dort wird er meist im Sinne Rosenbergs als Voraussetzung der Wirksamkeit verstanden und vornehmlich im Zusammenhang mit der Erörterung der Frage nach den Auswirkungen des Fehlens der Prozeßvoraussetzungen "Parteifähigkeit" und "Prozeßfähigkeit" gebraucht.

Nur Sauer weist dem Begriff der Prozeßhandlungsvoraussetzungen - wenigstens dem Wort nach - einen weiteren Rahmen zu, wenn er ihn ganz allgemein als "Voraussetzung der Zulässigkeit einer Prozeßhandlung" faßt [3].

Bei näherer Betrachtung zeigt sich jedoch, daß für Sauer der Begriff der Prozeßhandlungsvoraussetzungen ein sehr beschränkter ist. Er versteht darunter nur die sogenannten spezifischen Klage- und Urteilsvoraussetzungen, wie zum Beispiel die für die Vornahme gewisser Handlungen, etwa die Einlegung der Rechtsmittel, einzuhaltenden Fristen [4]. Sauer will mit seiner Begriffsbestimmung ganz andere Erscheinungen erfassen als Rosenberg. Während nach Rosenberg der Begriff der Prozeßhandlungsvoraussetzungen vornehmlich durch einzelne Prozeßvoraussetzungen seine rechtliche Bedeutung erhält, klammert Sauer die Prozeßvoraussetzungen aus diesem Bereich aus. Ihm geht es bei der Verwendung des Begriffs "Prozeßhandlungsvoraussetzungen" wie Bley um die Beschreibung und Abgrenzung der Prozeßvoraussetzungen [5].

---

1) Lent-Jauernig § 30 I.
2) Stein-Jonas § 300 III, Baumbach-Lauterbach § 56 1 B, Süß Festgabe Anm. 12 zu S. 130, Reiner 21. Schönke-Schröder-Niese § 23 VII, § 24 IV, Luckes ZZP 69/151, Rittelmeyer 37, 42, 45, 48, Bruns AcP 151/187, vgl. Baumgärtel 101.
3) Sauer Grundlagen 174.
4) Sauer Grundlagen 174, 517, 518; Sauer Prozeßrechtslehre 203.
5) Sauer Prozeßrechtslehre 203; Sauer Grundlagen 159, 517.

Da somit seine Auffassung vom Wesen der Prozeßhandlungsvoraussetzungen einen anderen Ausgangspunkt hat, kann sie auch nicht mit der Ansicht Rosenbergs auf gleicher Ebene verglichen werden. Eine kritische Auseinandersetzung mit dem von Rosenberg und der überwiegenden sonstigen Literatur gebrauchten Begriff der Prozeßhandlungsvoraussetzungen hat vielmehr bei einer Prüfung des Begriffs selbst auf seine Vereinbarkeit mit dem Gesetz und auf seine Leistungsfähigkeit anzusetzen.

Dabei empfiehlt es sich, die Parteifähigkeit und die Prozeßfähigkeit in den Vordergrund der Erörterung zu stellen. Diese beiden Voraussetzungen sind den meisten Autoren der Anlaß für die Verwendung des Begriffs der Prozeßhandlungsvoraussetzungen gewesen. Entsprechend reichhaltig ist auch das für ihre Eröterung vorliegende Material. Insbesondere für die Parteifähigkeit trifft dies zu. Sie soll daher an erster Stelle behandelt werden. Dabei wird es sich nicht vermeiden lassen, zur Abrundung des Bildes bisweilen von der Prozeßfähigkeit her zu argumentieren. Das ist möglich, weil Parteifähigkeit und Prozeßfähigkeit in der hier zu behandelnden Problematik im wesentlichen gleichgelagert sind.

§ 5 DIE PARTEIFÄHIGKEIT ALS PROZESSHANDLUNGS-VORAUSSETZUNG

I.

Die Frage nach der Parteifähigkeit als Prozeßhandlungsvoraussetzung setzt die Klärung des Begriffs der Partei voraus. Erst wenn feststeht, unter welchen Umständen eine Person oder ein Rechtsgebilde Partei ist oder nicht, wird die Frage nach der Parteifähigkeit sinnvoll, denn diese soll nach allgemeiner Ansicht im Prozeß geprüft werden [1].

Eine Legaldefinition des Parteibegriffs gibt es nicht. Nach heute überwiegender Ansicht sind Parteien im Zivilprozeß diejenigen, von welchen und gegen welche im eigenen Namen der staatliche Rechtsschutz begehrt wird[2]. Dieser Parteibegriff sieht von den Beziehungen der Parteien zum umstrittenen Rechtsverhältnis ganz ab. Er ist rein formaler Natur. Nicht wer Subjekt des streitbefangenen materiellen Rechts ist, ist Partei, sondern wer den Rechtsstreit führt; nicht wer klagen und verklagt werden kann, sondern wer tatsächlich klagt und verklagt wird. Als Parteien kommen danach außer den natürlichen Personen sämtliche nur denkbaren Gebilde in Betracht, sofern nur rein tatsächlich in ihrem Namen Rechtsschutz beansprucht wird, denn nach dem formellen Parteibegriff ist die Parteistellung allein von einem prozessualen Verhalten abhängig und nicht durch irgendeine Eigenschaft oder Fähigkeit bestimmt [3].

II.

Der Einbeziehung von Eigenschaften in das Prozeßgeschehen dient - neben anderen Prozeßvoraussetzungen - der Begriff der Parteifähigkeit. Er ist ebensowenig wie der der Partei gesetzlich definiert [4]. Zwar spricht das Gesetz in den §§ 50, 56, 274 ZPO von der Parteifähigkeit und stellt fest, wer parteifähig ist und was geschehen soll, wenn einer Prozeßpartei diese Eigenschaft fehlt. eine Begriffsbestimmung ist damit aber nicht gegeben.

1) Rosenberg § 89 I 3; Goldschmidt Rechtslage 5.
2) Rosenberg § 39 I 1; Blomeyer § 6 I 2, Stein-Jonas I vor § 50, Schönke-Schröder-Niese § 23 I, Nikisch § 28 II.
3) Blomeyer § 6 I 2, Merzyn 2, Abend 2.
4) Petersen ZZP 18/1.

Die Parteifähigkeit wird heute weithin als die Fähigkeit, Subjekt eines Prozeßverhältnisses zu sein, definiert, d.h. im Urteilsverfahren Kläger, Beklagter oder Nebenintervenient, im Güteverfahren und im Arrestprozeß Antragsteller oder Antragsgegner, im Mahn- und Vollstreckungsverfahren Gläubiger oder Schuldner sein zu können [1]. Diese Definition knüpft an § 50 I ZPO an, der bestimmt: "Parteifähig ist, wer rechtsfähig ist". Man hat deshalb die Parteifähigkeit auch die "prozessuale Rechtsfähigkeit" [2] oder die "prozeßrechtliche Seite der Rechtsfähigkeit" [3] genannt.

Setzt man diesen Begriff der Parteifähigkeit in Beziehung zu dem der Prozeßhandlungsvoraussetzungen, so ergibt sich eine gewisse Kongruenz. Definitionsgemäß kann die parteiunfähige Partei nicht Träger von prozessualen Rechten und Lasten sein. Ist sie somit nicht Subjekt des Prozeßrechtsverhältnisses, dann muß ihrem Handeln auch der prozessuale Erfolg versagt sein [4]. Mit anderen Worten: Die Parteifähigkeit ist Voraussetzung für die Wirksamkeit der von einer Partei vorgenommenen Prozeßhandlungen, ist Prozeßhandlungsvoraussetzung.

III.

Es fragt sich jedoch, ob der zugrunde gelegte Begriff der Parteifähigkeit zutrifft.

1. Schon ein flüchtiger Vergleich mit dem Parteibegriff zeigt, daß diese beiden Definitionen nicht richtig aufeinander abgestimmt sind.

Nach dem oben erörterten formellen Parteibegriff ist zum Beispiel auch eine klagende BGB-Gesellschaft Partei, obwohl sie als nicht rechtsfähig nicht parteifähig ist § 50 I ZPO. Der Definition der Parteifähigkeit zufolge kann sie jedoch nicht Prozeßsubjekt, nicht Partei sein.

---

1) Rosenberg § 42 I 1, Schönke-Schröder-Niese § 23 VI, Stein § 39 I, Goldschmidt Zivilprozeßrecht 101, Lent-Jauernig § 19 I, Stein-Jonas § 50, I, Hellwig System 149. Auf die abweichende Definition von Nikisch § 29 I und Blomeyer § 7 I soll an anderer Stelle eingegangen werden.

2) Hellwig System 149.

3) Lent-Jauernig § 19 I.

4) Vgl. Sauer Grundlagen 310; Planck Lehrbuch 212 und zum gleichliegenden Problem bei der Prozeßunfähigkeit Just AcP 68/325, 326.

2. Dieser Widerspruch bestand in der älteren Lehre zur Frage der Parteifähigkeit nicht. Man ging allgemein von der Annahme aus, ein parteiunfähiges Gebilde könne allein durch seine Teilnahme an einem Prozeß auf der Kläger- oder Beklagtenseite nicht Partei werden [1]. Wach lehnte die Anerkennung einer parteiunfähigen Partei ausdrücklich als eine "contradictio in adjecto" ab [2]. Und auch das Reichsgericht vertrat den Standpunkt, daß ein Prozeß mit einem Parteiunfähigen ein Prozeß gegen niemand sei, aus welchem mit niemand ein Prozeßverhältnis entstehe und gegen niemand ein Urteil begründet werde [3].

Die Übereinstimmung des Begriffs der Partei mit dem der Parteifähigkeit wurde also auf die Weise hergestellt, daß der Parteiunfähige nicht klagen und verklagt werden konnte. Zwar war es dem Parteiunfähigen in tatsächlicher Hinsicht möglich, eine Klage zu erheben, aber eine solche Klage war eine Klage ohne jede Rechtswirkung, weil der Kläger nicht Partei im Sinne der Definition: "Partei ist, wer klagt", war. Wo keine Parteifähigkeit vorlag, fehlte auch die Parteieigenschaft. Ein Prozeß, in dem sich ein parteiunfähiges Gebilde in der Stellung des Klägers oder des Beklagten befand, wurde nicht nur als unzulässig, sondern als nichtig [4] oder rechtlich "unmöglich" [5] betrachtet. Süß qualifizierte die Parteifähigkeit demgemäß als Rechtsschutzvoraussetzung, weil Rechtsschutz nur dem gewährt werden könne, der parteifähig ist [6].

Diese Lehre stand mit dem von Bülow neu geschaffenen Begriff der Prozeßvoraussetzungen im Einklang, denn nach Bülow waren die Prozeßvoraussetzungen die "constitutiven Elemente des Prozeßrechtsverhältnisses" [7], also Vorbedingung für das Zustandekommen eines jeden Prozesses.

---

1) Wach Rhein Z 3/403, 4/530; Nußbaum 68.
2) Wach Rhein Z 4/530.
3) RG JW 1887/8, 1901/302.
4) Sauer Grundlagen 310, 362, Sauer LZ 1919/673; Skedl Rhein Z 12/355, 356; Wach Handbuch 519; Planck Lehrbuch I 212; vgl. auch Jauernig 174; Hellwig System 567.
5) Planck Lehrbuch I 212.
6) Süß Festgabe Anm. 12 S. 130, 131.
7) Bülow Prozeßvoraussetzungen 6.

3. Die heute überwiegende Meinung sieht sowohl die Relation der Begriffe Partei und Parteifähigkeit als auch den der Prozeßvoraussetzungen anders.

Allgemein hält man den Mangel der Parteifähigkeit nicht für ein Hindernis, das der Erlangung eines rechtskräftigen Urteils entgegensteht. Auch der Parteiunfähige kann also Partei sein [1]. Ist das von ihm oder gegen ihn erstrittene Urteil rechtskräftig, so ist es von allen staatlichen Organen zu beachten [2]. Es unterliegt lediglich der Nichtigkeitsklage analog § 579 I 4 ZPO. Das bedeutet jedoch nur, daß es vernichtbar, nicht, daß es nichtig ist [3]. War die Frage der Parteifähigkeit Gegenstand des Verfahrens, ist sie also durch Zwischenurteil (§§ 275, 303 ZPO) oder im Endurteil ausdrücklich geklärt, so ist sogar die Nichtigkeitsklage nicht mehr gegeben [4].

Entsprechend sieht man die Parteifähigkeit auch nicht mehr wie Bülow als Prozeßvoraussetzung im Sinne einer "Vorbedingung für das Zustandekommen des ganzen Prozeßverhältnisses" oder "Existenzbedingung für das Prozeßrechtsverhältnis" oder "Erfordernis rechtsgültigen Zustandekommens des

---

1) Statt vieler Wieczorek § 56 A I.

2) Wie weit dies auch für die Zwangsvollstreckung gilt, ist umstritten und soll hier nicht näher erörtert werden. Teilweise wird die parteiunfähige Partei, für oder gegen die ein Urteil rechtskräftig geworden ist, im Bereich der Zwangsvollstreckung als partei- und rechtsfähig angesehen; vgl. Nußbaum 108, Nikisch § 29 III 3, Stein-Jonas § 50 VII 1, Schönke-Baur § 7 IV 4.
Dieser Ansicht entsprechend wird auch die Verurteilung der parteiunfähigen Partei in die Kosten und die Vollstreckung des Kostenfestsetzungsbeschlusses für möglich gehalten; vgl. Stein-Jonas § 50 VII 1, Nußbaum 108. Rosenberg § 179 IV 1 und Blomeyer § 7 III 4 wollen dagegen die Parteifähigkeit im Vollstreckungsverfahren selbständig geprüft wissen. Nur wenn die Parteifähigkeit im Urteil ausdrücklich bejaht worden ist, soll diese Entscheidung auch für das Vollstreckungsverfahren verbindlich sein; vgl. Blomeyer § 7 III 4, Rosenberg § 42 III 5.

3) Rosenberg § 42 III 5.

4) Rosenberg § 42 III 5, BGH JZ 1959/127.

Prozeßrechtsverhältnisses" [1]. Die Prozeßvoraussetzungen sind nach heutiger Auffassung nicht Voraussetzungen des Prozesses in dem Sinne, daß ohne sie kein Prozeß wäre. Sie sind vielmehr Gegenstand der Prüfung und Aburteilung im Prozeß und setzen dessen Existenz voraus, können also nicht wiederum Voraussetzungen seiner Existenz sein [2].

4. Trifft die heutige Auffassung vom Wesen der Prozeßvoraussetzungen und der Parteifähigkeit zu, und legt man den formellen Parteibegriff zugrunde, dann ist die Parteifähigkeit unrichtig definiert. Dann ist sie eben nicht als die Fähigkeit einer Partei, Prozeßsubjekt zu sein, zu verstehen, sondern bedeutet etwas anderes.

IV.

Die bisherigen Erörterungen zeigen, daß die Frage nach der Eigenschaft der Parteifähigkeit als Prozeßhandlungsvoraussetzung nicht vom herrschenden Begriff der Parteifähigkeit her geklärt werden kann. Da sowohl der Begriff der Parteifähigkeit als auch ihre Funktion als Prozeßhandlungsvoraussetzung fraglich ist und der Prüfung bedarf, führt der einzige Weg zur Beantwortung dieser Probleme über die Erörterung der Frage, ob und wieweit die Zivilprozeßordnung dem Parteiunfähigen ein wirksames Handeln im Prozeß gestattet.

1. Die Frage erübrigt sich nicht schon aus Gründen des § 50 I ZPO. Wenn dort bestimmt ist, daß die Parteifähigkeit sich nach der materiellrechtlichen Ausgestaltung der Rechtsfähigkeit richtet, so ist damit lediglich gesagt, welchen Personen oder Rechtsgebilden die Zivilprozeßordnung auf jeden Fall die Fähigkeit zuerkennt, als Subjekt im Prozeß aufzutreten. Das schließt aber nicht aus, daß die Zivilprozeßordnung solchen Rechtsgebilden, die nach § 50 I ZPO nicht parteifähig sind, ebenfalls ein wirksames prozeßrechtliches Handeln ermöglicht [3]. Eine ausdrückliche Bestimmung in diesem Sinne findet sich in § 50 II ZPO, wonach der nicht rechtsfähige Verein passiv parteifähig

---

1) Bülow Prozeßvoraussetzungen 6, Bülow ZZP 27/236.
2) Rosenberg § 89 I 3; Goldschmidt Rechtslage 5; Sauer Grundlagen 517 Rittelmeyer 3.
3) Vgl. Stein-Jonas § 50 I.

ist und damit als Beklagter sämtliche Prozeßhandlungen wirksam vornehmen kann[1].

Es ist zu untersuchen, ob auch für andere nach materiellem Recht nicht rechtsfähige Gebilde eine entsprechende Regelung besteht, so daß auch ihnen ein wirksames prozessuales Handeln möglich ist.

2. Das Unternehmen muß nicht bereits an § 56 I ZPO scheitern. Zwar ist in dieser Vorschrift bestimmt, daß der Mangel der Parteifähigkeit durch das Gericht von Amts wegen zu berücksichtigen ist, und man wird hieraus auch entnehmen können, daß das Gesetz, indem es vom Mangel der Parteifähigkeit spricht, nicht nur ihr bloßes Fehlen meint, sondern damit gleichzeitig ein Abweichen vom rechtlich vorgesehenen Normalfall und damit eine negative Wertung zum Ausdruck bringen will. Jedoch ist damit noch nicht gesagt, daß das Fehlen der Parteifähigkeit auch in jedem Fall negative rechtliche Folgen haben muß. Dieser Schluß ließe sich nur dann ziehen, wenn der den §§ 50 und 56 ZPO zu entnehmende Grundsatz, daß prozessuale Handlungen bzw. das Verfahren beim Mangel der Parteifähigkeit fehlerhaft sind, uneingeschränkt Geltung hätte, und die Zivilprozeßordnung von dieser Regel keine Ausnahme vorsähe.

Eine erste Einschränkung des aufgezeigten Grundsatzes ergibt sich aus der Fassung der §§ 274, 275 ZPO.

3. Nach § 274 II 7 ZPO begründet die Parteiunfähigkeit gem. § 274 I ZPO eine sogenannte prozeßhindernde Einrede[2]. Diese ist vor der Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache vorzubringen. Hieraus darf entnommen werden, daß auch trotz der Parteiunfähigkeit ein Prozeß zustande

---

1) Nagler, S. 112, sieht auch in den §§ 17, 171 ZPO einen Hinweis darauf, daß die Ausnahme, die § 50 II ZPO von der Regel des Abs. I macht, beliebig vermehrungsfähig sein muß.

2) Über die Unrichtigkeit der Terminologie des Gesetzes vgl. Baumbach-Lauterbach Einf. zu §§ 274 ff und RGVZS 70/185.

kommen kann[1]. Denn ein Vorbringen der Parteiunfähigkeit setzt bereits ein Urteilsverfahren voraus[2]. Wenn sich jemand auf die Parteiunfähigkeit beruft, dann wird es in der Regel der Gegner des Parteiunfähigen sein. Dieser erhält aber nach den Bestimmungen der ZPO erst mit der Zustellung der Klageschrift Kenntnis von der Anhängigmachung des Prozesses. Er kann sich also frühestens nach Zustellung der Klageschrift, also nach Klageerhebung - § 253 I ZPO - gegen den Angriff des Parteiunfähigen wehren.

Daß der Parteiunfähige wirksam einen Prozeß in Gang bringen kann, wird noch deutlicher aus § 274 Absatz 3 ZPO. Danach sind solche prozeßhindernden Einreden, auf die der Beklagte nicht wirksam verzichten kann, auch noch nach Beginn der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache zu berücksichtigen. Unzweifelhaft gehört die Einrede der Parteiunfähigkeit hierher[2]. Gestattet hiernach die Zivilprozeßordnung ein Urteilsverfahren mit einem Parteiunfähigen, so muß damit auch die Einräumung der Fähigkeit, eine Klage zu erheben, verbunden sein. Insoweit kann also der Parteiunfähige Subjekt des Prozesses sein.

4. Auch § 275 ZPO enthält eine Ausnahme von dem Grundsatz, daß nur parteifähige Parteien rechtswirksam an einem Prozeß beteiligt sein können. Die Vorschrift eröffnet die Möglichkeit, über prozeßhindernde Einreden abgesondert zu verhandeln. Den Abschluß des Verfahrens bildet - wie § 275 ZPO ausdrücklich bestimmt - ein Urteil. Auch hier gilt wieder das Argument, daß ein solches nur erlassen werden kann, wenn ein Prozeß in Gang gekommen ist, was wiederum ohne Klageerhebung nicht denkbar wäre.

Die §§ 274, 275 ZPO weisen sich danach für die hier zu behandelnde Frage als zentrale Bestimmungen aus. Man kann ihnen entnehmen, daß dem Parteiunfähigen die wirksame Erhebung einer Klage und die wirksame Betei-

1) Vgl. Baumgärtel 103, der zwar mit der h.M. die Parteifähigkeit als Prozeßhandlungsvoraussetzung sieht, aber einräumt, daß dem Handeln des Parteiunfähigen und Prozeßunfähigen "gewisse innerprozessuale Wirkungen zukommen, in dem z.B. die Klage den Prozeß eröffnet und zum Urteil führt".
2) Wurzer Recht 1920/207
3) Vgl. statt vieler Baumbach-Lauterbach § 275 Anm. 9.

ligung in einem Prozeß gestattet ist. Ihre Bedeutung geht aber noch weiter: Hein, der als erster mit der oben erwähnten Lehre von der Nichtigkeit der von oder gegenüber einem Parteiunfähigen erstrittenen Urteile gebrochen hat[1], setzt mit seiner Prüfung der Nichtigkeitsfrage bei eben diesen Bestimmungen an. Er folgert aus der Tatsache, daß die Parteifähigkeit unter gewissen Voraussetzungen durch selbständig anfechtbares Zwischenurteil bejaht werden kann, daß diese Feststellung auch in der Lage sein müsse, in Rechtskraft zu erwachsen und für die Prozeßbeteiligten Bindungswirkungen zu entfalten. Denn dürfe man die Wirksamkeit der Urteilsfeststellung jederzeit mit der Begründung verneinen, daß die Parteiunfähigkeit trotz des Urteils bestehen bleibe, und daß ein für oder gegen Parteiunfähige ergehendes Urteil nichtig sei, so würde das Zwischenverfahren zur Feststellung der Parteifähigkeit völlig in der Luft schweben. Das Gesetz müsse dann den Widersinn gegen sich gelten lassen, zur Sonderprüfung der Frage der Parteifähigkeit drei Instanzen eingerichtet zu haben, ohne damit die Gewähr der Rechtsgültigkeit des getroffenen Spruchs zu verbinden.

§ 275 ZPO deutet also darauf hin, daß dem Parteiunfähigen sowohl die wirksame Einleitung des Prozesses durch Klageerhebung, als auch die wirksame Gestaltung des Verfahrens und die Erlangung eines rechtskraftfähigen Urteils möglich ist.

5. Der in § 275 ZPO getroffenen Regelung kann sich die h. M. nicht entziehen. Obwohl sie auf dem Standpunkt steht, daß alle Handlungen Parteiunfähiger unwirksam sind, läßt sie hier, im Falle des Zulassungsstreits, in dem es ausschließlich um die Frage geht, ob die betreffende Person parteifähig ist oder nicht, auch die möglicherweise parteiunfähige Partei wirksam handeln. Sie erreicht dies dadurch, daß sie den Parteiunfähigen für diesen Prozeß parteifähig sein läßt. So hat der BGH in einer Entscheidung[2] ausgeführt: Die Partei, deren Parteifähigkeit im Streit stehe, sei zur Erledigung dieses Streits und namentlich zur Einlegung von Rechtsmitteln gegen das Urteil, mag dieses ihre Parteifähigkeit bejaht

1) Hein 344 ff; vgl. Jauernig 174.
2) BGHZ 24/91.

oder verneint haben, parteifähig [1]. Allerdings bleibt die Regelung des § 275 ZPO für die h. M. ein Einzelfall.

Mayer [2] meint, die allgemeinen Vorschriften der Prozeßordnung müßten den besonderen Erfordernissen des Zulassungsstreits weichen. Ähnlich äußert sich Nußbaum, der den Zulassungsstreit als "Eigentümlichkeit" und "Anomalie" des Prozeßrechts bezeichnet [3]. Auch Baumgärtel [4] spricht von der "besonderen prozessualen Situation", die der Zulassungsstreit schaffe, da der ausschließliche Gegenstand des Streits die Frage der Parteifähigkeit sei. Er glaubt die Besonderheit darin sehen zu können, daß ein ordnungsgemäßes Verfahren zur Feststellung der Parteifähigkeit gar nicht durchgeführt werden könnte, wenn die Prozeßhandlungen der Parteien für unwirksam angesehen würden, bevor der Streit rechtskräftig entschieden wäre.

6. Es mag zugegeben werden, daß hier die Problematik besonders augenfällig wird. Der Kern des Problems liegt aber tiefer, nämlich bei der generellen Frage, ob beim Mangel der Parteifähigkeit ein Prozeß überhaupt zustande kommt, auch wenn über diesen Punkt noch kein Streit besteht.

§ 275 ZPO ist seiner ganzen Anlage nach eine Sonderregelung. Aus dem Bestreben heraus, die Frage, ob alle Prozeßvoraussetzungen gegeben sind, recht bald zu klären, gibt das Gesetz dem Gericht die Möglichkeit, hierüber nach freiem Ermessen die abgesonderte Verhandlung anzuordnen, d.h. von der Verhandlung über die Hauptsache zunächst abzusehen. Das Gericht wird sich dieser Möglichkeit regelmäßig jedoch nur bedienen, wenn die Aufklärung der Frage, ob bestimmte Prozeßvoraussetzungen vorliegen oder nicht, im konkreten Fall schwierig ist und umfangreiche Beweis-

---

1) So auch Rosenberg § 42 III 4.

2) Mayer 21, 22.

3) Nußbaum 106, 108.

4) Baumgärtel 102. Nußbaum S. 104, spricht über die kontradiktorische Verhandlung im Zulassungsstreit als einer "eigenartigen Erscheinung unseres Prozeßrechts". Wurzer, Recht 1920/207: "Dieser Einlassungsstreit ist an sich ein mit der Logik im Widerspruch stehendes Verfahren. Wenn der Mangel festgestellt wird, so zeigt sich, daß der Prozeß geführt worden ist mit einer Rechtspersönlichkeit, die überhaupt nicht

erhebungen notwendig macht. Verpflichtet ist es hierzu aber nicht. Vielfach wird das Gericht auch bei schwieriger Sachlage auf eine abgesonderte Verhandlung schon um deswillen verzichten, weil es sonst möglicherweise zwei Urteile zu erlassen hätte: eins, in dem es das Vorliegen der Prozeßvoraussetzungen bejaht und ein weiteres, das zur Sache ergeht.

Es ist also nicht richtig, zu sagen, § 275 ZPO schaffe eine besondere prozessuale Situation, daher sei es in diesem Ausnahmefall gerechtfertigt, die Handlungen Parteiunfähiger zur Ermöglichung des Verfahrens in ihren Wirkungen denjenigen einer parteifähigen Partei gleichzustellen. Die Besonderheit des § 275 ZPO besteht einzig und allein darin, daß in diesem Verfahren von der Sachverhandlung zunächst abgesehen und der Prozeß auf die Frage der Prozeßvoraussetzungen beschränkt werden kann. Das rechtfertigt aber nicht, dieses Verfahren hinsichtlich seiner Begründung und Ausgestaltung besonderen prozessualen Regeln zu unterstellen und in ihm einen Fremdkörper, eine Anomalie, zu sehen. Die Begründung des Prozesses erfolgt durch den gleichen Akt der Klageerhebung, der hinsichtlich der fraglichen Prozeßvoraussetzung sowohl zu einem Urteil nach § 275, als auch zu einem Zwischenurteil nach § 303 ZPO, als auch zu einem Endurteil nach § 300 I ZPO führen kann. Die Gabelung des Weges zu einer gemäß § 275 ZPO abgesonderten Verhandlung über Prozeßvoraussetzungen liegt erst hinter der Klageerhebung. Das Argument, der Zulassungsstreit sei wegen seiner Besonderheit als Streit über Prozeßvoraussetzungen als Ausnahme besonders hervorgehoben worden und unterliege hinsichtlich seiner Begründung besonderen Regeln, ist aus diesem Grunde offensichtlich nicht stichhaltig, denn bei Klageerhebung steht ja noch gar nicht fest, ob es zu einem Zulassungsstreit kommen wird. Entweder ist der Parteiunfähige schlechthin in der Lage, wirksam eine Klage zu erheben oder er ist es nicht. Eine rückblickende Beschränkung nur auf den Fall des Zulassungsstreits ist nach der Zivilprozeßordnung nicht möglich.

Partei und für das Recht nicht vorhanden war, und doch wird ein Urteil erlassen ...". Luxemberg 27: "Die Prozeßhandlungen eines für den Hauptprozeß nicht als parteifähig anzusehenden Streitsubjekts sind daher ausnahmsweise für dieses Vorverfahren als vollgültig anzusehen".

Gleiches gilt für die Bewertung der Handlungen des Parteiunfähigen innerhalb des Verfahrens. Auch hier gestattet die Regelung des § 275 ZPO keinen Schluß auf eine vom Normalfall abweichende Beurteilung der von einem Parteiunfähigen vorgenommenen Prozeßhandlungen. Wie dargelegt, kann ein Prozeß, an dem ein Parteiunfähiger beteiligt ist, zu einem Zwischen- oder Endurteil führen, auch ohne daß nach § 275 ZPO die abgesonderte Verhandlung über die Frage der Parteifähigkeit angeordnet wird. Will man daher innerhalb eines Zulassungsstreits dem Parteiunfähigen die wirksame Gestaltung des Prozesses zubilligen, so muß Gleiches für das Normalverfahren zumindest insoweit gelten, als dort dasselbe Ziel - nämlich die Prüfung der Frage der Parteifähigkeit - verfolgt wird.

7. Die Fragwürdigkeit der herrschenden Meinung, die das Handeln des Parteiunfähigen generell für unwirksam hält und nur für den Fall des Zulassungsstreits von dieser Regel abweicht, läßt sich auch noch auf einem anderen, von Blomeyer eingeschlagenen, Wege zeigen. Ansatzpunkt ist § 579 I 4 ZPO. Danach findet die Nichtigkeitsklage statt, wenn eine Partei in einem Verfahren nicht nach den Vorschriften der Gesetze vertreten war, sofern sie nicht die Prozeßführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat. Es ist bereits an anderer Stelle darauf hingewiesen worden, daß § 579 I 4 ZPO, obwohl er seinem Wortlaut nach nur die Fälle des Mangels der Prozeßfähigkeit und der gesetzlichen Vertretung umfaßt, entsprechende Anwendung beim Mangel der Parteifähigkeit findet [1]. Das wird einmal begründet mit der Erwägung, die Prozeßordnung habe die prozessualen Folgen von Mängeln der Parteifähigkeit, Prozeßfähigkeit und der gesetzlichen Vertretung - abgesehen von dem hier in Betracht kommenden Zweifelsfall - überall gleichartig geregelt. Daher sei auch im Falle des § 579 I 4 ZPO eine Gleichstellung angebracht [2]. Für diese Auffassung spricht, daß in § 274 II 7 ZPO die Worte "der mangelnden Parteifähigkeit" erst durch die Novelle von 1898 eingefügt und insoweit Parteifähigkeit, Prozeßfähigkeit und gesetzliche Vertretung gleichgestellt worden sind. Die Vermutung, daß der Gesetzgeber dabei § 579 I 4 ZPO übersehen hat, liegt nahe. Jedenfalls ergeben die Materialien keinen Hinweis dafür, daß mit dem Unterbleiben der ausdrücklichen Hervorhebung des Mangels der Parteifähigkeit in § 579 ZPO dieser Mangel als Nichtigkeitsgrund hat ausgeschlossen werden sollen [3].

1) Vgl. BGH JZ 1959/127.
2) Vgl. OLG Celle JW 1920/908 (910).
3) Vgl. auch OLG Celle JW 1920/910.

Zum anderen wird geltend gemacht, zum Schutze des Gegners der parteiunfähigen Partei, die ein formell rechtskräftiges Urteil erstritten habe, müsse die Nichtigkeitsklage zugelassen werden, denn diesem sei mit der Möglichkeit einer Feststellungsklage nach § 256 ZPO oder den Rechtsbehelfen aus den §§ 766, 767 ZPO nicht ausreichend gedient[1].

Will man dieser Ansicht folgen, so ergibt sich aus der Anwendbarkeit des § 579 I 4 ZPO auch auf die Parteifähigkeit, daß dem Parteiunfähigen die Erhebungung einer Klage gestattet sein muß, denn § 578 I ZPO läßt die Nichtigkeitsklage nur gegen rechtskräftige Endurteile zu. Voraussetzung des Urteilsverfahrens ist aber die Klageerhebung.

Schultz, der sich mit der Frage der fehlerhaften Prozeßbegründung auseinandersetzt, kommt in diesem Zusammenhang bei mangelnder Prozeßfähigkeit zum gleichen Ergebnis. Er führt aus: "§ 579 Nr. 4 ZPO setzt ausdrücklich voraus, daß die von einem Prozeßunfähigen erhobene Klage zu einem rechtskräftigen Urteil geführt habe. Daraus folgt umgekehrt: Konnte das Urteil rechtskräftig werden, so mußte es sich um ein Urteil im Rechtssinne handeln, sollte ein Urteil im Rechtssinne möglich sein, so mußte die gerichtliche Entscheidungsgewalt entfesselt sein, war die gerichtliche Entscheidungsgewalt entfesselt, so kann die hierzu führende Handlung nicht der Wirkung entbehren, es ist verkehrt zu sagen, sie sei als nicht existent zu betrachten. Also: auch die fehlerhafte Klageerhebung ist Klageerhebung und begründet rechtliche Beziehungen . . . . "[2].

Schultz stellt zutreffend fest, daß such ein Prozeßunfähiger wirksam handeln kann. Andererseits hält er die somit wirksame Klageerhebung für fehlerhaft. Inwieweit seine Ansicht zutrifft, und ob der rechtlich anerkannten Wirksamkeit nicht auch die Prozeßordnungsgemäßheit der Handlungen des Prozeßunfähigen entspricht, soll an späterer Stelle erörtert werden.

Hier geht es nur darum, festzuhalten, daß kein Grund besteht, die Handlungen eines unerkannt Parteiunfähigen anders zu bewerten, als diejenigen, die im Rahmen eines Zulassungsstreits vorgenommen werden. Diesen Schluß scheint auch Blomeyer aus § 579 I 4 ZPO zu ziehen, wenn er meint, die

1) Vgl. Anm. 1 und Ratzke, S. 76 ff, der eine eingehende Begründung der h.L. gibt.

2) Schultz 65.

parteiunfähige oder prozeßunfähige Partei solle auch dann als parteifähig bzw. prozeßfähig gelten, wenn der Mangel unentdeckt bleibe[1].

8. Die bisherigen Erörterungen stellten vornehmlich auf die Klageerhebung und das Urteil ab. Dabei konnte der Nachweis geführt werden, daß die Zivilprozeßordnung den Parteiunfähigen in diesem Bereich dem Parteifähigen gleichstellt. Beide sind gleichermaßen in der Lage, ein Verfahren in Gang zu bringen und ein rechtskraftfähiges Urteil zu erlangen. Weiter ist durch § 275 ZPO für den Fall des Zulassungsstreits bestimmt, daß über die Frage, ob die Parteifähigkeit vorliegt, verhandelt werden kann. Dadurch ist dem Parteiunfähigen auch ein wirksames Handeln im Prozeß gestattet. Wollte man die Handlungen einer parteiunfähigen Partei schlechthin unwirksam sein lassen, so könnter der in § 275 ZPO vorgesehene Prozeß nicht abgewickelt werden. Unwirksamkeit, wie Rosenberg und die herrschende Lehre sie versteht, bedeutet auf Bewirkungshandlungen bezogen Unbeachtlichkeit. Ein Prozeß, in dem den Willenserklärungen, Wollenserklärungen, Vorstellungsmitteilungen und Realakten[2] einer Partei jegliche Gestaltungswirkung versagt ist, ist aber nicht denkbar und kann auch nicht zu einem Urteil hinführen. Es kann auch nicht zu einem Urteil hinführen. Es kann daher aus § 275 ZPO geschlossen werden, daß sämtliche in diesem Verfahren von der Erhebung der Klage bis zum Urteil vorgenommenen Prozeßhandlungen einer parteiunfähigen Partei wirksam sind. Gleiches gilt für den Fall, daß die Frage der Parteifähigkeit im üblichen Verfahren, also ohne die Anordnung der abgesonderten Verhandlung, im Prozeß geprüft wird, denn auch ein auf dieses Weise erarbeitetes Prozeßurteil muß sich auf wirksame Handlungen der Partei stützen.

Dabei versteht es sich von selbst, daß die parteiunfähige Partei auch im prozessualen Nebenverfahren wirksam handeln kann.

So wird man ihr zum Beispiel nicht verwehren können, daß sie den Richter, der über die Frage ihrer Parteifähigkeit zu befinden hat, aus den Gründen des § 42 ZPO ablehnt. Rosenberg ist hier anderer Ansicht [3]. Er stützt sich auf eine Entscheidung des Landgerichts Leipzigs [4], die zwar

1) Blomeyer § 30 III 2 b.
2) Vgl. Rosenbergs Einteilung der Bewirkungshandlungen § 60 II.
3) Rosenberg § 43 III 1 b.
4) JW 1928/435.

von einer wirksamen Klageerhebung gegenüber einem beschränkt geschäftsfähigen Beklagten ausgeht, ihm aber im Prozeß jegliche Gestaltungsmöglichkeit abspricht und sein Richterablehnungsgesuch als unzulässig verwirft mit der Begründung, er könne nicht (wirksam) handeln. Diese Ansicht ist zumindest dann unrichtig, wenn man anerkennen will, daß auch dem Prozeßunfähigen wenigstens im Kampf um die Frage seiner Prozeßfähigkeit ein wirksames Handeln gestattet ist. Denn gibt man dem Prozeßunfähigen in diesem Fall nicht alle prozessualen Mittel an die Hand, die auch einer prozeßfähigen Partei zustehen, so ist er seinem Gegner gegenüber bei der Durchsetzung seines Rechts, die Frage der Prozeßfähigkeit mit klären zu dürfen, von vornherein im Nachteil und damit der Grundsatz der Chancen- und Waffengleichheit [1] verletzt. Das gilt ebenso beim Mangel der Parteifähigkeit.

Unrichtig ist es auch, den Antrag eines Parteiunfähigen auf Bestimmung des zuständigen Gerichts als unwirksam anzusehen. Diese Ansicht wird für den Fall der Prozeßunfähigkeit einer Partei von Rosenberg vertreten [2]. Da Rosenberg die Unwirksamkeit des Antrages als Folge der Funktion der Prozeßfähigkeit als Prozeßhandlungsvoraussetzung sieht, müßte er beim Mangel der Parteifähigkeit zum gleichen Ergebnis kommen. Seiner Ansicht stehen die gleichen Bedenken gegenüber, wie sie oben bei der Frage der Richterablehnung erörtert wurden.

Allerdings könnte in diesem Zusammenhang noch das Problem der Reihenfolge der Prozeßvoraussetzungen von Bedeutung sein.

Nach heute durchaus herrschender Auffassung besteht unter den Prozeßvoraussetzungen eine gewisse Rangordnung, die das Gericht bei der Prüfung zu berücksichtigen hat [3]. Der hierarchische Aufbau der Prozeßvoraus-

---

1) Vgl. Baur AcP 153/403, Siegert Grundsätze AcP 155/41, 42.

2) Rosenberg § 43 III 1 b.

3) Levy ZZP 20/95 ff, Bley 109, Seuffert § 274 Anm. 1, Sauer Grundlagen 570,
Schönke-Schröder-Niese § 45 IV, Rosenberg § 89 IV 5, Rupp AöR Bd. 85/168, Wieczorek § 274 B, Raab, RGJW 1906/810, RGZ 11/96, RG Gruchot 46/1093, RGZ 99/126,
RGZ 129/17, RGJW 1912/643 Nr. 1.
A. A. Hellwig System 254, Weismann Bd. I 382, 384, Richard

setzungen ist im einzelnen streitig. Einigkeit herrscht aber über das Vorgehen bei erwiesenem Fehlen mehrerer Prozeßvoraussetzungen. In solchen Fällen soll die Klage wegen der rangordnungsmäßig vorgehenden Prozeßvoraussetzung, die für die anderen bedingend ist [1], als unzulässig abgewiesen werden [2].

Auch Rosenberg befürwortet die Einhaltung einer Reihenfolge bei der Prüfung der Prozeßvoraussetzungen [3]. Der Grund für seine Auffassung, der Antrag des Prozeßunfähigen auf Verweisung an das zuständige Gericht sei unwirksam, könnte daher auf der Überlegung beruhen, die Frage der Verweisung gemäß § 276 ZPO könne bei gleichzeitig zweifelhafter Prozeßfähigkeit nie zum Zuge kommen. Denn würde sich die Prozeßunfähigkeit herausstellen, so hätte wegen der nunmehr eingetretenen Entscheidungsreife ein Prozeßurteil zu ergehen, ohne daß es noch weiter auf die Frage der Zuständigkeit des Gerichts ankäme. Allerdings müßte die Prozeßfähigkeit dann im Range vor der Zuständigkeit des Gerichts stehen. Das soll nach Rosenberg aber gerade nicht der Fall sein. Er will die Zuständigkeit als eine der ersten Prozeßvoraussetzungen direkt nach der Ordnungsmäßigkeit der Klage grprüft wissen. Parteifähigkeit und Prozeßfähigkeit sollen erst später untersucht werden [4].

Seine Ansicht vom unwirksamen Handeln des Prozeß- bzw. Parteiunfähigen im Hinblick auf § 276 ZPO ist also keine Folge des Prinzips der hierarchischen Gliederung der Prozeßvoraussetzungen, sondern beruht auf der abzulehnenden Annahme, dem Prozeßunfähigen und ebenso dem Parteiunfähigen sei wegen seiner Prozeßunfähigkeit bzw. Parteiunfähigkeit die wirksame Antragstellung versagt.

9. Eine Grenze wirksamen Handelns ergibt sich allerdings aus § 579 I 4 ZPO. Diese Bestimmung sieht für eine Partei, die in einem Urteilsverfahren nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten war, - und analog für eine später parteifähig gewordene parteiunfähige Partei - die

---

Schmidt 664 Anm. 3, Wurzer Gruchot 64/63, Kralik ZZP 74/36, insbesondere Hellwig System 254.

1) Vgl. RG Gruchot 46/1093, RGZ 34/396.

2) A. A. Wurzer Gruchot 64/63, der beim Feststehen mehrerer Abweisungsgründe die Prozeßabweisung wegen aller befürwortet.

3) Rosenberg § 89 IV 5.

4) Rosenberg § 89 IV 5.

Möglichkeit vor, ihre Prozeßführung zu genehmigen [1]. Daraus folgt, daß es beim Mangel der Parteifähigkeit Prozeßhandlungen geben muß, die genehmigungsfähig sind, denn für eine Genehmigung ohnehin wirksamer Prozeßhandlungen ist kein Raum. In irgendeinem Punkt des Verfahrensgeschehens muß die Parteifähigkeit also Wirksamkeitsvoraussetzung für die einzelnen von der parteiunfähigen Partei vorgenommenen Prozeßhandlungen, muß sie Prozeßhandlungsvoraussetzung sein. Wie wir gesehen haben, kann die parteiunfähige Partei jedenfalls insoweit wirksam handeln, als der Prozeß die Frage ihrer Parteifähigkeit betrifft. Das ist sinnvoll, denn die vom Gesetz gewollte Klärung dieser Frage setzt die Mitwirkung der Partei und daher auch die Wirksamkeit ihrer Handlungen voraus. Dagegen liegt es nicht in der Absicht des Gesetzes, für oder gegen die parteiunfähige Partei ein Sachurteil zu ermöglichen. Das läßt sich aus der anerkannten analogen Anwendung der §§ 551 Ziff. 5 und 579 I 4 ZPO, die gegen derartige Urteile die Revision oder Nichtigkeitsklage gewähren, entnehmen, kommt aber auch in § 56 I ZPO zum Ausdruck. Wenn dort gesagt ist, das Gericht habe den Mangel der Parteifähigkeit von Amts wegen zu berücksichtigen, so läßt sich daraus entnehmen, daß in dem Bereich, in dem das Gesetz die Berücksichtigung vorschreibt, mit dem Mangel der Parteifähigkeit negative Folgen verknüpft sein sollen. Der Bereich aber wird vom Gesetz bestimmt. Wenn - wie wir gesehen haben - beim Streit um die Parteifähigkeit die Prozeßhandlungen des Parteiunfähigen aus der negativen Bewertung entlassen sind, bleiben als unwirksame Handlungen nur diejenigen übrig, die zur Sache vorgenommen werden. Nur diese sind mit der Genehmigungsmöglichkeit des § 579 I 4 ZPO gemeint.

An dieser Stelle zeigt sich auch die Unrichtigkeit der von Abend vertretenen Auffassung. Abend kommt über die Feststellung der Unvereinbarkeit des Begriffs der Partei mit dem der Parteifähigkeit zu dem Schluß, die Parteifähigkeit sei in keinem Falle Prozeßhandlungsvoraussetzung

1) Vgl. Schönke-Schröder-Niese § 23 VII, Baumbach-Lauterbach § 579 Anm. 5, Rosenberg § 42 III 1 b und § 42 III 5. A.A. Nikisch § 29 III 2, Lent AkZ 1942/246, die bei der Parteiunfähigkeit keinen Raum für eine Genehmigung sehen. Nach ihnen wird der Mangel der bisherigen Prozeßführung durch die Erlangung der Parteifähigkeit automatisch geheilt.

sondern ausschließlich Prozeßvoraussetzung und brauche nur im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vorzuliegen [1]. Abgesehen davon, daß diese Ansicht der in § 579 I 4 ZPO vorgesehenen Möglichkeit einer Genehmigung nicht Rechnung trägt, läuft sie auch dem Zweck dieser Vorschrift zuwider. Hierauf hat Baumgärtel für den Fall der nachträglich im Verlaufe des Prozesses erworbenen Prozeßfähigkeit hingewiesen [2].

Klagt ein unerkannt Minderjähriger und wird er dann während des Verfahrens volljährig und damit prozeßfähig, so müßte er nach der Ansicht Abends an seine bisherige Prozeßführung gebunden sein, denn im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung, auf den es nach Abend allein ankommt, ist die Prozeßfähigkeit gegeben. Das widerspricht jedoch den schutzwürdigen Interessen des Minderjährigen, die unter anderem nach § 579 I 4 ZPO gerade dadurch geschützt sein sollen, daß er sich nach Erlangung der Prozeßfähigkeit auch selbst auf seine frühere Minderjährigkeit berufen kann und in der Genehmigung seiner bisherigen Prozeßführung frei ist.

Es ist daher mit dem Reichsgericht [3] davon auszugehen, daß auf die Klage eines Parteiunfähigen zwar ein prozeßabweisendes Urteil ergehen kann und muß, daß aber alles, was zur Hauptsache vorgetragen wird, "gegenstandslos", also unwirksam ist.

V.

Eine andere Frage ist, ob es aufgrund der Einreichung der Klageschrift durch einen Parteiunfähigen überhaupt zu einem Prozeß kommen darf.

Die bisherigen Erörterungen gingen von einer bereits erhobenen Klage aus. Dabei konnte nachgewiesen werden, daß der Parteiunfähige Partei werden kann, nicht aber, daß er auch in jedem Fall Partei werden muß. Nun ließe sich denken, daß die §§ 275, 579 I 4 ZPO, aus denen sich - abgesehen von der Verhandlung zur Hauptsache - die Wirksamkeit der Handlungen des Parteiunfähigen ergibt, nur für die Fälle ihre Bedeutung haben sollen, in denen

1) Abend 13, 14, 72.
2) Baumgärtel 102, 103.
3) RGVZS 70/187.

es unerkannt parteiunfähigen Parteien gelingt, eine Klage in der vorgeschriebenen Art zu erheben. Diese Vorschriften hätten dann den einzigen Zweck, das Ergebnis eines eigentlich nicht statthaften, fehlerhaften, Prozesses zu sichern und den Prozeß zu einem Abschluß zu bringen, der, da man sich bereits im Urteilsverfahren befindet, nur ein Urteil -allerdings ein Prozeßurteil- sein kann [1].

1. Die Frage, ob sich der Mangel von Prozeßvoraussetzungen auf die Klageerhebung selbst auswirkt, ist ein in der Prozeßrechtsliteratur noch nicht abschliessend geklärtes Problem. Es werden die verschiedensten Ansichten vertreten.

Diejenigen Autoren, die im Mangel der Parteifähigkeit einen absoluten Nichtigkeitsgrund sehen, halten in konsequenter Weiterführung ihrer Ansicht - wonach die Prozeßhandlungen parteiunfähiger Parteien keine rechtlichen Wirkungen haben, für nicht geschehen zu erachten sind, daher wegen Wirkungslosigkeit der Klage auch keine Rechtshängigkeit erzeugen und nicht zum Urteil führen können - [2] meist eine Zurückweisung der Klage a limine judicii für richtig [3]. Danach hat der Vorsitzende bzw. der Amtsrichter schon bei der Terminsbestimmung zu prüfen, ob die Parteifähigkeit gegeben ist oder nicht. Fehlt sie, so ist die Anberaumung eines Termins zur mündlichen Verhandlung zu versagen. Die Klageschrift wird dem Beklagten gar nicht erst zugestellt, und ein Urteilsverfahren kommt mangels Klageerhebung nicht zustande (§ 253 I ZPO). Die Beendigung des Verfahrens erfolgt durch Beschluß [4], in dem die "Klage" als nicht einleitungsfähig zurückgewiesen wird.

Andere wieder wollen die Abweisung der Klage a limine nur in den Fällen zulassen, in denen die Parteiunfähigkeit oder der Mangel anderer Prozeßhandlungsvoraussetzungen definitiv feststeht. In Zweifelsfällen soll eine Klärung durch die mündliche Verhandlung erfolgen [5]. So heißt es in einer

---

1) Vgl. Stein 8.
2) Vgl. Just AcP 68/325, 326 beim Mangel der Prozeßfähigkeit.
3) Skedl RheinZ 12/355,356, Wach RheinZ 3/403, Hellwig Lehrbuch II 423, insbesondere Bd. III 3.
4) Vgl. RG 29/410 (ablehnend).
5) Nikisch § 43 I 3, Baumbach-Lauterbach § 216 Anm. 2, wohl auch Wieczorek § 216 Anm. B II a.

Entscheidung des OLG Schleswig [1], grundsätzlich müsse zwar über die Frage der Prozeßfähigkeit einer Partei durch Prozeßurteil entschieden werden. Auch eine Prozeßunfähiger habe einen Anspruch darauf, daß auf seine Klage ein Verhandlungstermin anberaumt und in diesem nach mündlicher Verhandlung ein Urteil erlassen werde. Das gelte aber nicht, wenn der Mangel der Prozeßfähigkeit offenkundig sei und feststehe, daß der gesetzliche Vertreter die Klageerhebung nicht genehmigen würde. In diesem Fall mißbrauche der Prozeßunfähige seine ihm an sich zustehende Befugnis, über die Frage seiner Prozeßfähigkeit das Gericht aufgrund mündlicher Verhandlung entscheiden zu lassen.. Der Vorsitzende könne daher die Anberaumung des Termins verweigern.

Die Ansicht Rosenbergs steht zwischen den beiden bisher erörterten Auffassungen [2]. Er lehrt, die Terminbestimmung sei mehr als eine bloße Zeitangabe für die mündliche Verhandlung [3]. Sie sei die Erklärung, daß das Gericht zur angegebenen Zeit zur Verhandlung des Rechtsstreits mit den Parteien bereit sei. In dieser Erklärung liege die Zulassung oder Annahme der Klage als einer verhandlungsfähigen [4]. Daher müsse der Vorsitzende (Amtsrichter) die Terminsanberaumung versagen, und so die Zulassung der Klage verweigern, wenn feststehe, daß die Klage durch oder gegen einen Parteiunfähigen oder Prozeßunfähigen bei Gericht angebracht sei. Denn in diesen Fällen sei die Klagehandlung wegen Mangels einer Handlungsvoraussetzung unwirksam. Stehe der Mangel einer Prozeßhandlungsvoraussetzung aber nicht fest, so könne der Vorsitzende nach Belieben verfahren. Er könne Aufklärung verlangen, aber auch Termin festsetzen und dem Gericht die Klärung der Frage überlassen.

Schließlich wird noch die Meinung vertreten, die A-limine-Anweisung sei beim Mangel der Partei- oder Prozeßfähigkeit in keinem Falle zulässig [5],

---

1) SchlHA 1958/230.
2) Vgl. Rosenberg § 91 I 2.
3) Vgl. Hellwig System 301.
4) So auch Weizsäcker ZZP 27/28 ff, Hellwig Lehrbuch Bd. III 4.
5) Stein-Jonas § 216 II 2, Lent § 38 II 2, Schönke-Schröder-Niese § 46 I 1 c, Pemer 31, OLG Braunschweig JR 1954/263, vgl. auch Schultzenstein ZZP 23/92 (Anm.), Fortenbach ZZP 8/153, Sintenis ZZP 30/381, Nußbaum 77, Richard Schmidt Lehrbuch 644, RGZ 29/408 ff, Lang 24.

denn die Möglichkeit einer Heilung des Mangels durch nachträgliche Genehmigung sowie die gesetzlich gestattete bedingte Zulassung gem. § 56 II ZPO wären mit einem solchen Verfahren nicht in Einklang zu bringen [1]. Auch auf die Regelung der §§ 274, 275 wird zur Begründung der Unzulässigkeit einer Abweisung a limine abgehoben [2].

2. Um die einzelnen Meinungen richtig beurteilen zu können, erscheint ein kurzer Rückblick auf die Geschichte der A-limine-Abweisung angebracht.

Der ältere römische Zivilprozeß war zweigeteilt. Man unterschied zwischen dem Verfahren in judicio und dem Verfahren in jure [3]. Das Verfahren in jure wurde durch den praetor wahrgenommen und diente auch der Prüfung der heute sogenannten Prozeßvoraussetzungen. Erwiesen sie sich als vorhanden, so kam es zum Verfahren in judicio, in welchem der vom praetor ernannte judex die materielle Begründetheit des geltendgemachten Anspruchs prüfte und durch Urteil (sententia) entschied [4]. Fehlten aber Prozeßvoraussetzungen, so erging durch den praetor ein Dekret, durch welches der Prozeß für nicht einleitungsfähig erklärt wurde [5].

Später fiel die Ernennung des judex durch den praetor weg. Derselbe richterliche Beamte prüfte die Prozeßvoraussetzungen und entschied zur Sache. Die inhaltliche Aufspaltung des Prozesses in die Prozeßstadien in jure und judicio aber blieb [6].

Auch im gemeinen Prozeß prüfte der Richter die Klage zunächst auf etwaige prozessuale Mängel. Fand er die Klage fehlerfrei, so teilte er sie dem Beklagten zur Erklärung mit. Ergaben sich bei der Prüfung prozessuale Mängel, oder war die Klage unschlüssig, so wurde sie per decretum a limine

---

1) Lent-Jauernig § 38 II 2.
2) RGZ 29/410
3) Stein 49 ff, Dahm 75.
4) Richard Schmidt Lehrbuch 41.
5) Bülow 293,7, Wetzell 137, Weizsäcker ZZP 27/25.
6) Weizsäcker ZZP 27/26.

abgewiesen, d.h. der Kläger wurde nicht weiter gehört und der Beklagte nicht in das Verfahren einbezogen [1].

Eine erste Kodifikation der A-limine-Abweisung im deutschen Recht sollte nach dem Willen Gönners in der Aufbruchszeit nach 1815 erfolgen[2]. Sein Appell an die deutschen Staaten, den von ihm erarbeiteten Entwurf einer Zivilprozeßordnung zur Grundlage regional weitgehend übereinstimmender Verfahrensgesetze zu machen, fand jedoch keine Resonanz.

Bei den späteren Beratungen für die neue Zivilprozeßordnung wurde die Frage, ob eine A-limine-Abweisung gestattet sein sollte, verschiedentlich erörtert [3]. Überwiegend hielt man aber die Abweisung vor Klageerhebung für nicht vereinbar mit dem Grundsatz der mündlichen Verhandlung, der im neuen Prozeßrecht zur Herrschaft gelangen sollte. Bezeichnend ist, daß sich weder im Hannoverschen Entwurf von 1864 [4] noch im Preußischen Entwurf von 1871 [5] eine Bestimmung findet, die die Abweisung a limine judicii zum Gegenstand hat. Auch in die Zivilprozeßordnung von 1877 hat sie keinen Eingang gefunden. Die Materialien reden zu diesem Punkt eine ganz deutliche Sprache, wenn es dort heißt: "Eine sachliche Prüfung des Inhalts der Schriftstücke, in welche eine Ladung aufgenommen ist zum Zwecke formell oder materiell offenbar unbegründeter Gesuche a limine zurückzuweisen, würde dem Mündlichkeitsprinzip widerstreiten, da nach diesem lediglich das mündliche Vorbringen in der Gerichtssitzung entscheidend ist. Von diesem prinzipiellenStandpunkt aus erschien die Vorschrift des nordd. Entwurfs (§ 218), daß die von einer Partei nachgesuchte Bestimmung des Termins zu einer mündlichen Verhandlung nicht verweigert werden kann, selbstverständlich und darum entbehrlich (vgl. nordd. Prot. I S 349). Die Mitwirkung des Gerichts zur Einleitung

1) Vgl. Reiner 5, Nußbaum 129.
2) Vgl. Gönner, Entwurf eines Gesetzbuchs, Buch II. Kap. I § 3.
3) Vgl. Reiner 6.
4) Entwurf einer allgemeinen deutschen Zivilprozeßordnung, Peterssen-Struckmann, Hannover 1864.
5) Entwurf einer deutschen Zivilprozeßordnung Berlin 1871.

des Rechtsstreits ist sonach, wie die allgemeine Begründung § 10 (Mündlichkeitsprinzip) betont, eine nur formelle" [1].

Trotzdem ist -wie bereits aufgezeigt- von Rechtsprechung und Praxis teilweise unter Berufung auf § 216 ZPO die A-limine-Abweisung immer wieder zugelassen worden.

3. Es ist daher zunächst auf die dogmatische Stellung der Terminsbestimmung im Hinblick auf die Klageerhebung einzugehen.

Die Klageerhebung vollzieht sich in mehreren Etappen. Sie beginnt mit der Einreichung eines Schriftsatzes -der Klageschrift- bei Gericht. Darauf folgt die Terminsanberaumung auf der Klageschrift (§ 216 ZPO) und schließlich die Zustellung der mit der Terminsbestimmung versehenen Klageschrift (d.h. der vom Urkundsbeamten beglaubigten Abschrift) an den Gegner. Erst jetzt, mit der Zustellung, ist die Klageerhebung vollendet (§ 253 I ZPO). Süß bezeichnet sie daher als "sukzessiven Gesamttatbestand" [2].

Wäre die Ansicht Süß' richtig und die Terminsbestimmung ein Tatbestandsmerkmal der Klageerhebung, und könnte man weiter aus § 216 ZPO entnehmen, daß dem Vorsitzenden bei der Terminsbestimmung ein Prüfungsrecht zusteht, so müßte die Möglichkeit einer Abweisung a limine zwangsläufig bejaht werden, denn dann hinge es tatsächlich vom Vorsitzenden ab, ob eine Klage erhoben wird und ein Urteilsverfahren in Gang kommt. Es fragt sich jedoch, ob es richtig ist, die Terminsbestimmung als Tatbestandsmerkmal der Klageerhebung zu sehen.

Nach der ursprünglichen Fassung des § 230 und ab 1900 des § 253 ZPO mußte der dem Beklagten zugestellte Schriftsatz neben den übrigen Erfordernissen auch die Ladung des Beklagten vor das Prozeßgericht zur mündlichen Verhandlung enthalten. Da eine Ladung aber nur zu einem bestimmten Termin möglich ist, war es gerechtfertigt, in der Terminsbestimmung wegen ihrer Eigenschaft als Voraussetzung für die Ladung ein Tatbestandsmerkmal der Klageerhebung zu sehen.

---

1) Hahn 235

2) Süß ZZP 54/49, ebenso Reiner 4.

Nach der 4. Vereinfachungsverordnung vom 12.1.1943 [1] ist hier aber eine Änderung eingetreten. Durch § 2 dieser Verordnung wurden die §§ 253, 261 ZPO neu gefaßt und die Parteizustellung durch die Amtszustellung im landgerichtlichen Verfahren ersetzt. Während bis dahin die mit dem Termin versehene Klageschrift zur Zustellung dem Anwalt des Klägers zurückgegeben wurde, beschränkt sich das Tun des Klägers jetzt darauf, die Klageschrift bei Gericht einreichen zu lassen. Die Klageerhebung erfolgt dann gem. § 253 I ZPO durch gerichtliche Zustellung der Klageschrift an den Beklagten. Eine ausdrückliche Bestimmung, daß der Termin noch vor Zustellung festzusetzen sei, findet sich zwar in § 261 a ZPO, jedoch nur als Aufforderung an das Gericht, nicht als Tatbestandsmerkmals der Klageerhebung. Demgemäß hat auch der BGH entschieden, daß zur Klageerhebung nur die Zustellung der Klageschrift, nicht auch Terminsbestimmung erforderlich sei [2].

Damit ist die Frage nach der Befugnis des Vorsitzenden, einen Prozeß schon vor Klageerhebung zu beenden, aber noch nicht beantwortet. Wenn die Terminsbestimmung auch nicht zum Tatbestand der Klageerhebung gehört, so hat sie doch gemäß § 261 a ZPO vor Zustellung der Klageschrift zu erfolgen. Hat es bis 1942 ein Prüfungsrecht des Vorsitzenden gegeben, so muß gleiches auch nach der 4. Vereinfachungsverordnung gelten, denn diese diente nur der Beschleunigung des Verfahrens [3]. Die Umstellung der Klagezustellung vor dem Landgericht vom Partei- zum Amtsbetrieb war also lediglich eine gerichtsorganisatorische Maßnahme. Keinesfalls hatte sie zum Ziel, ein etwa bestehendes Prüfungsrecht des Vorsitzenden (Amtsrichters) vor Zustellung aufzuheben.

4. Da ein klarer gesetzlicher Ausspruch zur Frage der Prüfung bei Terminsbestimmung fehlt, soll im Folgenden versucht werden, das Problem anhand von Einzelbeispielen einzugrenzen. Dabei wird sich herausstellen, daß es Fälle gibt, in denen dem Vorsitzenden keine andere Wahl bleibt, als die Zulassung der Klage zu verweigern.

---

1) RGBl 1943 I S. 7.
2) BGHZ 11/175 = NJW 1954/640.
3) OLG Kassel MDR 1951/44, OLG Celle Nds. Rpfl. 1952/209.

a) So liegt zum Beispiel keine Klageschrift vor, auf die hin Termin anberaumt werden darf, wenn der Kläger bzw. sein Anwalt sie nicht eigenhändig unterzeichnet hat [1]. Wie das Reichsgericht für den Anwaltsprozeß ausführt, wird erst durch die Unterschrift klargestellt, daß der eingereichte Schriftsatz kein Entwurf sein soll, sondern daß es sich um eine Erklärung handelt, die von dem Anwalt herrührt und für die er auch die Verantwortung übernimmt. Gleiches muß auch für die Unterschrift des Klägers im Parteiprozeß gelten. Aus § 130 Nr. 6 ZPO läßt sich nichts Gegenteiliges entnehmen, denn er bezieht sich nur auf vorbereitende Schriftsätze. Dort ist die Unterschrift des Anwalts nur Sollerfordernis [2]. Die Klageschrift dagegen zählt zu den sogenannten bestimmenden Schriftsätzen. Wenn hierfür die Unterschrift als Mußform im Gesetz nicht besonders vorgeschrieben ist, so deshalb, weil sich die Unterschrift bei bestimmenden Schriftsätzen nach allgemeiner Auffassung der Bevölkerung [3] von selbst versteht. In diesem Sinne äußern sich auch die Materialien. Dort ist zu § 222 des Entwurfs von 1874, der sich mit den Erfordernissen der Klageschrift im Anwaltsprozeß befaßt, ausgeführt, trotz der nur instruktionellen Bedeutung des § 117 Nr. 5 (jetzt § 130 Nr. 6 ZPO) sei die essentielle Bedeutung der Unterschrift des Anwalts so selbstverständlich, daß der Entwurf geglaubt habe, von einer besonderen Vorschrift absehen zu können [4]. Obwohl hier nur vom Anwaltsprozeß die Rede ist, wird auch für die Klageschrift im Parteiprozeß die Unterschrift als wesentliches Erfordernis angesehen werden müssen [5]. Die oben aufgeführten Argumente des Reichsgerichts treffen in gleicher Weise zu.

b) Weiter ist die Terminsbestimmung zu versagen, wenn aus der Klageschrift nicht hervorgeht, wer Beklagter sein soll [6]. So hat das Landgericht Berlin mit Recht die Anberaumung eines Termins zur mündlichen Verhandlung abgelehnt, weil als Beklagte in der Klageschrift die "Mieter des Hauses Marienburger Straße 3/4 " angegeben waren [7]. Zwar ist allgemein an-

1) RGZ 151/82.
2) Vgl. Anm. 1.
3) Vgl. RGZ 151/82.
4) Hahn 255.
5) Rosenberg § 91 I 2 a , Hellwig System 301, 302.
6) Wurzer Gruchot 64/47, Niese Prozeßhandlungen 95.
7) LG Berlin ZZP 49/228.

erkannt, daß Erklärungen auch im Prozeßrecht auslegungsfähig sind und ausgelegt werden müssen. So ist bei unrichtiger äußerer Parteibezeichnung grundsätzlich die Person als Partei anzusprechen, die erkennbar durch die Parteibezeichnung betroffen werden soll [1]. Das kann aber nicht dazu führen, von dem Richter in einem Fall wie dem oben erwähnten zeitraubende Ermittlungstätigkeit zu verlangen. Wer als Partei in Frage kommt, hat er nur soweit zu untersuchen, wie es sich aus der Klageschrift selbst ergibt.

Auf gleicher Ebene liegt die Anbringung einer Klage in fremde Sprache. Sie ist für das Gericht im rechtlichen Sinne nicht verständlich [2], denn nach § 184 GVG ist die Gerichtssprache deutsch. Die beabsichtigte Klage in fremder Sprache muß daher vom Vorsitzenden ohne weiteres zurückgewiesen werden [3]. Der Ansicht Wieczoreks, man solle die Klageschrift auf Kosten der Partei übersetzen und dann gelten lassen [4], ist nicht zuzustimmen. Auch hier würde vom Vorsitzenden eine Aufklärungstätigkeit verlangt, die ihm nach dem Gesetz nicht zukommt.

c) Ferner ist anerkannt, daß nur eine ernstgemeinte [5], mögliche [6] und unbedingte [7] Klage vor das Gericht gelangen soll. Fehlt es an diesen Voraussetzungen, so ist die Terminsbestimmung zu versagen [8].

d) Auch bei fehlender Gerichtsunterworfenheit des Beklagten (§§ 18, 19 GVG) ist das Verfahren mit der Ablehnung der Terminsanberaumung zu beenden [9]. Zwar wird die Gerichtsbarkeit vielfach als gewöhnliche Sachur-

1) BGHZ 4 /334.
2) Wurzer Gruchot 64/47.
3) So die überwiegende Ansicht. Vgl. Rosenberg § 24 III, § 91 I 2 a, Schönke-Schröder-Niese § 9 II, Baumbach-Lauterbach § 184 GVG, Niese Prozeßhandlungen 95, RGZ 31/429, OLG München HRR 41/46.
4) Wieczorek § 184 GVG B.
5) Fortenbach ZZP 8/162, Niese Prozeßhandlungen 95.
6) Fortenbach ZZP 8/163, Eccius Gruchot 29/9.
7) Rosenberg § 91 I 2 a, Nikisch § 54 IV 2, BGHZ 4/54.
8) Rosenberg § 91 I a, Hoche 20.
9) Baumbach-Lauterbach § 216 Anm. 2, Stein-Jonas § 216 II 3, Schönke-Schröder-Niese § 46 I 1, Hoche 20, Hans. OLG MDR 1953/109, LG Kiel NJW 1953/1718, KG Berlin Seuif A 50/Nr. 49, LG Gießen NJW 1956/555 Nr. 9, wohl auch Pagenstecher Rabels Z 1937/343, 344.

teilsvoraussetzung gesehen und demgemäß eine Abweisung durch Prozeßurteil befürwortet [1]. Das Wesen der Gerichtsfreiheit macht jedoch gerade aus, daß der Eximierte nicht der deutschen Gerichtsgewalt unterliegt und deshalb in keiner Weise - auch nicht in einem Verfahren, das mit Sicherheit günstig für ihn ausgeht - hoheitlich belangt werden kann [2]. Es ist daher richtig, wenn Eberhard Schmidt die Gerichtsbarkeit als "staatsrechtliche Vorbedingung" für ein Verfahren überhaupt bezeichnet [3] . Daraus,daß sich nach allgemeiner Ansicht der Eximierte der deutschen Gerichtsbarkeit unterwerfen kann [4], folgt nichts für eine Verpflichtung des Vorsitzenden, Termin anzuberaumen. Die Unterwerfung ist der Ausnahmefall, der nicht zur Regel gemacht werden darf, denn Sinn der Exemtion ist es, sich überhaupt nicht einlassen zu müssen.

e) Schließlich soll nach weit verbreiteter Ansicht auch eine Klageschrift, die nach Form oder Inhalt ungehörig ist, also insbesondere strafbare Beleidigungen des Gerichts oder des zu Verklagenden enthält, von der Zustellung ausgeschlossen sein und der Abweisung a limine unterliegen. Nach § 178 GVG kann das Gericht bei Ungebühr in der mündlichen Verhandlung gegen die Parteien, Zeugen und sonstige Personen Ordnungsstrafen verhängen. Das gilt jedoch nur für die mündliche Verhandlung. Nach Schluß der Sitzung können Ordnungsstrafen nicht mehr beschlossen werden [5]. Eine Ahndung von Ungehörigkeiten, die in Schriftsätzen ausgesprochen sind, ist demnach gem. § 178 ZPO nicht möglich. Das schließt nicht aus, daß der Richter in anderer Weise auf eine ungehörig abgefaßte Klageschrift reagieren kann, indem er es nämlich ablehnt, sich weiter mit ihr zu beschäftigen und Termin anzuberaumen. Für die Möglichkeit eines solchen Verfahrens spricht sich insbesondere Josef [6] aus. Meines Erachtens zu Recht, denn man kann vom

1) Wieczorek § 216 B II a, Aubin Anm. zum Beschluß des LG Kiel JZ 1954/120, Riezler 320, Lent § 38 II 2 d .
2) Zum Problem Kralik ZZP 74/22 ff.
3) Eberhard Schmidt Lehrkommentar Teil I S. 70.
Kisch LZ1923/626 hält das dennoch erlassene Urteil für nichtig.
4) Statt vieler: Rosenberg § 16 II 2 c, RGZ 111/380 c
5) Wieczorek § 178 GVG Anm. B, C.
6) Josef Recht 1903/232.

Vorsitzenden nicht verlangen, daß er Beleidigungen amtlich weiterleitet und dadurch bei der Begehung von Straftaten mitwirkt. Wenn man die Würde und das Ansehen des Gerichts im öffentlichen Interesse geschützt sehen will, dann muß man davon ausgehen, daß Schriftsätze mit beleidigendem Inhalt nicht zur amtlichen Behandlung geeignet sind[1]. Die gegenteilige Ansicht Wieczoreks [2] ist abzulehnen. Dabei soll die Gefahr der grundlosen Rechtsverweigerung nicht verkannt werden. Die Möglichkeit, die Terminsanberaumung zu versagen, muß, entsprechend der oben zitierten Entscheidung des Kammergerichts, auf ganz krasse Fälle beschränkt bleiben.

An den dargestellten Fällen zeigt sich, daß es einen Bereich gibt, in dem bereits vor Klageerhebung die Prüfung von Tatsachen geboten und erforderlich ist. Es ist daher nicht richtig, die Mitwirkung des Gerichts bei der Einleitung eines Prozesses schlechthin als eine nur formelle anzusehen. In bestimmten Fällen kann und muß der Vorsitzende (Amtsrichter) die Terminsanberaumung verweigert und so das Zustandekommen eines streitigen Verfahrens verhindern. In welcher Form diese Entscheidung zu ergehen hat, ob durch Verfügung oder durch Beschluß [3], braucht hier nicht weiter zu interessieren, da an dieser Stelle nur der Umfang der Befugnis, Prozesse vor Klageerhebung zu beenden, abgesteckt werden soll.

5. Verfassungsrechtlich bestehen gegen die Anerkennung der A-limine-Abweisung keine Bedenken. Insbesondere wird Art. 103 GG nicht verletzt. Danach könnte die Verweigerung der Zulassung zum Urteilsverfahren verfassungswidrig sein, wenn der Grundsatz des rechtlichen Gehörs eine Garantie auf Anhörung im mündlichen Verfahren beinhalten würde. Wie das Bundesverfassungsgericht [4] jedoch ausgeführt hat, begründet der Anspruch auf rechtliches Gehör nicht schon ein Recht auf mündliche Verhandlung. Es ist Sache des Gesetzgebers, wie weit er in einem bestimmten Verfahren einen Anspruch auf mündliche Verhandlung geben will [5]. Dabei versteht

---

1) Goldschmidt Rechtslage 372, Niese 95, Reiner 73 Rosenberg § 91 I 2 a
2) Wieczorek § 253 F II a 3.
3) Vgl. Reiner 100 ff, Riezler 320, Nußbaum 80, 137, RGZ 29/410.
4) BVerfGE 5/11.
5) Röhl NJW 1958/1270

es sich von selbst, daß auch ein Gesetz, das einen Anspruch auf rechtliches Gehör in mündlicher Verhandlung grundsätzlich zuerkennt, von Mindestvoraussetzungen für die mündliche Verhandlung nicht absehen kann. Eine Klageschrift, die den zu Verklagenden nicht näher bezeichnet, kann rein technisch nicht zu einer mündlichen Verhandlung führen, weil die Zustellung unmöglich ist. Zwar könnte man den Vorsitzenden gemäß § 139 ZPO für verpflichtet halten, auf eine vollständige Bezeichnung der Parteien in der Klageschrift hinzuwirken, und in der Regel wird der Vorsitzende auch so verfahren. Die Frage aber bleibt, was zu geschehen hat, wenn der Kläger sich weigert, die Ergänzung vorzunehmen, etwa weil er der irrigen Ansicht ist, das Gericht habe von Amts wegen zu ermitteln, wer als Beklagter infrage kommt. In einem solchen Fall kann der Vorsitzende gar nicht anders, als den Rechtssuchenden schon vor Klageerhebung zurückzuweisen, denn die Parteibezeichnung in der Klageschrift ist Prozeßexistenzbedingung [1], also ein Umstand, der die Einleitung eines Prozesses erst ermöglicht und deshalb Bedingung für sein Entstehen ist.

6. Es fragt sich, wie in diesem Rahmen ein Mangel der Parteifähigkeit zu beurteilen ist.

Rein äußerlich erfüllt die Klageschrift eines Parteiunfähigen die von § 253 ZPO aufgestellten Erfordernisse. Sie ist daher nicht zu vergleichen mit den angeführten Fällen, in denen der Adressat der Klage oder die Unterschrift fehlten oder die Klage nicht ernst gemeint oder in fremder Sprache abgefaßt war. Es läßt sich aber auch keine Parallele zur Klage gegen einen Gerichtsbefreiten ziehen. Zwar sind Exemtion und Parteifähigkeit gleichermaßen Eigenschaften, die erst durch eine rechtliche Würdigung des vorgetragenen Sachverhalts geklärt werden können. Jedoch hat die Gerichtsfreiheit einer Person eine Sonderstellung inne. Sie ist staatsrechtliche Vorbedingung für das Zustandekommen eines Prozesses, bedeutet also eine Selbstbeschränkung des Staates in seiner Gerichtsbarkeit. Gleiches kann man hinsichtlich der Parteifähigkeit nicht sagen.

Wie schon ausgeführt, kann gem. §§ 274, 275 ZPO jeder Prozeß in einen Streit über die Parteifähigkeit einer Partei einmünden. Das Gericht hat dann durch Urteil zu entscheiden.

---

1) Vgl. zum Ausdruck Sauer Grundlagen 162, Sauer LZ 1919, 671, Sauer Prozeßrechtslehre 216.

Nach § 56 I ZPO ist es ebenfalls das Gericht -und nicht der Vorsitzende- das den Mangel der Parteifähigkeit zu berücksichtigen hat [1]. Auch die vorläufige Zulassung zur Prozeßführung gemäß § 56 II ZPO gebührt dem Gericht. Das ergibt sich aus § 56 II 2 ZPO, der klarstellt, daß man sich bereits im Urteilsverfahren befindet. Es ist daher richtig, wenn Planck [2] ausführt, die vorläufige Zulassung bedeute nicht Zulassung zur Verhandlung über den Legitimationspunkt -darüber müsse die Partei in jedem Fall zugelassen werden [3] - sondern bedeute Zulassung zur Verhandlung über den übrigen Streitstoff des Prozesses, also zum Sachprozeß.

Schließlich ist in diesem Zusammenhang die Möglichkeit nachträglicher Genehmigung bedeutsam. Wie bereits erwähnt, bezieht sich die durch § 579 I 4 ZPO gestattete Genehmigung der Prozeßführung eines Parteiunfähigen nur auf die zur Sache vorgenommenen Handlungen, soweit die Prozeßführung die Frage der Parteifähigkeit zum Gegenstand hat, ist sie ohnehin wirksam. Wie auch § 56 II ZPO, stellt § 579 I 4 ZPO somit auf ein bereits in Gang befindliches Urteilsverfahren ab. Aus diesem Grunde ist auch Lent zuzustimmen, wenn er meint, die Verweigerung der Terminsbestimmung stände mit der Möglichkeit der Heilung des Mangels der Parteifähigkeit in einem gewissen Widerspruch [4].

Die Zivilprozeßordnung gestattet also der parteiunfähigen Partei weitgehend ein wirksames prozessuales Handeln. Es ist nicht anzunehmen, daß alle die behandelten Vorschriften für ein Verfahren geschaffen sind, das eigentlich gar nicht sein soll und von Rechts wegen bereits im Vorstadium des Prozesses durch Verweigerung der Terminsbestimmung durch den Vorsitzenden oder den Amtsrichter in gleicher Funktion zu beenden ist. Das Gesetz enthält keine Regeln für die Abweisung a limine. Es kennt insbesondere nicht die römisch- und gemeinrechtliche Zweiteilung des Prozeßstoffes. Nach der Zivilprozeßordnung eröffnet die Klageerhebung gleichermaßen die Prüfung prozessualer und sachlicher Fragen. Diesem Charakter des Urteilsverfahrens als eines Einheitsprozesses [5] entspricht es, die Prüfung der Parteifähigkeit im Prozeß vorzunehmen, die Entscheidung über

1) Wurzer Gruchot 64/53.
2) Planck Lehrbuch II S. 94.
3) Vgl. Lent § 38 II 2 e.
4) Lent § 38 II 2 e.
5) Hellwig System 300, Weismann Bd I S. 385.

diese Frage also dem Gericht und nicht dem Vorsitzenden zu überlassen. Das gilt auch für die Prüfung der Prozeßfähigkeit und der gesetzlichen Vertretung, denn Prozeßfähigkeit und gesetzliche Vertretung haben in den hier bedeutsamen Punkten die gleiche gesetzliche Regelung gefunden wie die Parteiunfähigkeit.

7. Zu erwägen bleibt, ob in besonders gelagerten Fällen nicht ein Abweichen vom grundsätzlichen Verbot der A-limine-Abweisung nach dem Gesetz statthaft ist.

In der zitierten Entscheidung des OLG Schleswig [1] ist eine solche Ausnahme für den Fall offenkundiger Prozeßunfähigkeit und der mit Sicherheit voraussehbaren Verweigerung der Genehmigung seitens des gesetzlichen Vertreters gemacht. Auch das Kammergericht hat entschieden, daß auf die Klage eines gerichtskundig Entmündigten kein Termin anberaumt zu werden brauche [2]. Es sei ein "unerträglicher Formalismus", wenn das Gericht verpflichtet sein sollte, auf Antrag einer nicht prozeßfähigen Person Amtshandlungen vorzunehmen, die zu keinem Ergebnis führen, dem Gegner aber nur überflüssige Schwierigkeiten und Kosten verursachen würden.

Die beiden Entscheidungen sind im Ergebnis gleich, die ihnen zugrunde liegenden Anschauungen vom Wesen der Prozeßfähigkeit aber grundverschieden. Während das OLG Schleswig im Grundsatz das Recht auch eines Prozeßunfähigen auf ein Urteilsverfahren anerkannt und zu seinem Spruch nur kommt, weil außer der Prozeßunfähigkeit auch die Versagung der Genehmigung feststeht, urteilt das Kammergericht allein aufgrund der gerichtskundigen Prozeßunfähigkeit. Dies ist aber m.E. nicht richtig. Hat der gesetzliche Vertreter des Prozeßunfähigen oder nach Erlangung der Prozeßfähigkeit der vormals Prozeßunfähige selbst das Recht, die Prozeßführung zu genehmigen, so steht es dem Gericht nicht zu, durch Verweigerung der Terminsbestimmung die Frage der Genehmigung gar nicht erst aufkommen zu lassen. Dann ist, worauf Reiner [3] mit Recht hinweist, der "unerträgliche Formalismus" vom Gesetz gewollt. Anders ist es bei feststehender Versagung der Genehmigung.

---

1) OLG Schleswig SchlHA 1958/230.
2) KG Mugdan 25/132.
3) Reiner 32.

In diesem Fall würden dem sonst von der Rechtsordnung nach Möglichkeit geschützten Prozeßunfähigen ohne Notwendigkeit Nachteile erwachsen, wollte man die Verpflichtung des Vorsitzenden, Termin anzuberaumen, auch hier eingreifen lassen. Denn die Kosten der unzulässigen Klage wären aus dem Grundgedanken der reinen Erfolgshaftung dem prozeßunfähigen Kläger aufzuerlegen [1]. Der Entscheidung des OLG Schleswig ist daher zuzustimmen. Sie stellt aber - wie nochmals betont werden soll - nur einen Ausnahmefall dar. Grundsätzlich darf die Terminsanberaumung beim Mangel von Prozeßvoraussetzungen nicht verweigert werden.

IV.

Am Anfang dieser Untersuchungen stand der mit dem Parteibegriff sich nicht deckende Begriff der Parteifähigkeit. Nachdem aufgezeigt ist, daß eine parteiunfähige Partei im Urteilsverfahren nicht nur geduldet wird, sondern daß die Zivilprozeßordnung die Frage der Parteifähigkeit im Prozeß geklärt wissen will und die parteiunfähige Partei entsprechend zu wirksamem prozessualischen Handeln zuläßt, kann nunmehr zur Neubestimmung des Begriffs der Parteifähigkeit geschritten werden. Dabei sind zwei Wege denkbar.

Einmal könnte man das Ergebnis der vorangegangenen Untersuchungen so deuten, daß die Zivilprozeßordnung neben § 50 II ZPO eine weitere Ausnahme von der Regel macht, nach welcher parteifähig nur der ist, der rechtsfähig ist. Zur Abgrenzung gegenüber der sich aus § 50 I ZPO ergebenden Parteifähigkeit wäre dann von einer "relativen Parteifähigkeit" [2] zu sprechen, die nur den Zweck hat, einen - wie Süß sagt [3] - "Formalprozeß" (Prozeß der sich auf die Verhandlung der Frage der Parteifähigkeit beschränkt) über die Frage der "ordentlichen Parteifähigkeit" zu ermöglichen, zur Begründung und Gestaltung des Formalprozesses aber auch immer vorhanden ist. Diese Möglichkeit, die Begriffe "Partei" und "Parteifähigkeit" aufeinander abzustimmen, ist jedoch wenig praktisch. Sie würde zur Aufspaltung des vom Gesetz einheitlich gedachten Begriffs der Parteifähigkeit führen.

---

1) Rosenberg § 43 III 3 a, Baumgärtel 103.
2) So Wieczorek § 274 B II b, Hein 345.
3) Süß ZZP 54/12 ff.

Besser ist der von Nikisch eingeschlagene Weg. Nikisch definiert die Parteifähigkeit als die Fähigkeit, mit der Wirkung zu klagen oder verklagt zu werden, daß ein Urteil zur Hauptsache ergehen kann [1]. Diese Begriffsbestimmung trägt der Tatsache Rechnung, daß auch die für oder gegen einen Parteiunfähigen erhobene Klage zu einem Prozeß führt, in dem der Parteiunfähige weitgehend die Rechte einer parteifähigen Partei hat, und besitzt gegenüber der ersten Lösungsmöglichkeit den Vorteil, sich auf einen Begriff der Parteifähigkeit zu beschränken.

Ein Hinweis zu Nikischs Definition ist jedoch noch angebracht: Sie ist dem Wortlaut nach zu weit. Die Fähigkeit, mit der Wirkung zu klagen, daß ein Urteil zur Hauptsache ergehen kann, ist das Kriterium für sämtliche personenbezogenen Prozeßvoraussetzungen. Die Definition würde zum Beispiel ebenso auf die Prozeßfähigkeit zutreffen. Der Vollständigkeit halber ist daher der Begriffsbestimmung Nikischs noch der Bezugspunkt hinzuzufügen, so daß etwa zu definieren wäre:
Die Parteifähigkeit ist die Fähigkeit, in Bezug auf die gesetzliche Möglichkeit, Prozeßsubjekt zu sein, mit der Wirkung zu klagen und verklagt zu werden, daß ein Sachurteil ergehen kann.

Nach Klärung des Begriffs der Parteifähigkeit läßt sich nunmehr auch eine Aussage über ihre Funktion als Prozeßhandlungsvoraussetzung machen. Wie ohne weiteres einleuchtet, kann die Parteifähigkeit nur insoweit Prozeßhandlungsvoraussetzung sein, als diese Eigenschaft für prozessuale Handlungen einer Partei relevant ist. Das bedeutet: Im Bereich des Sachprozesses ist die Parteifähigkeit Prozeßhandlungsvoraussetzung. Soweit hier ein Parteiunfähiger Prozeßhandlungen wornimmt, bzw. soweit gegen ihn Prozeßhandlungen vorgenommen werden, sind die Handlungen unwirksam, d.h. als Erwirkungshandlungen unzulässig, als Bewirkungshandlungen unbeachtlich. Im Rahmen der Überprüfung seiner Parteifähigkeit und zur Begründung des Prozsses handelt dagegen auch der Parteiunfähige wirksam. Dementsprechend ist die Parteifähigkeit, soweit zur Sache verhandelt wird, Prozeßhandlungsvoraussetzung, nicht aber im Formalprozeß.

---

1) Nikisch § 29 I, ebenso Blomeyer § 7 I.

Eine Frage jedoch bleibt noch zu klären, nämlich die, warum die Klage eines Parteiunfähigen durch Urteil als unzulässig abzuweisen ist [1], wo doch die Klageerhebung auch des Parteiunfähigen nach der Prozeßordnung mit voller Wirksamkeit ausgestattet ist.

In diesem Zusammenhang empfiehlt sich ein kurzes Eingehen auf die Regelung des § 171 ZPO. Danach erfolgen Zustellungen, die einer prozeßunfähigen Partei gegenüber vorgenommen werden sollen, an den gesetzlichen Vertreter der Partei.

§ 171 ZPO ist nach herrschender Meinung zwingendes Recht und somit als sogenannte Mußvorschrift unbedingt verbindlich [2]. Ein Verstoß gegen § 171 ZPO hat die Unwirksamkeit der Zustellung zur Folge [3].

Kohler [4] schließt hieraus, die Klagezustellung an eine prozeßunfähige Partei engagiere keinen Prozeß, denn sie sei "nichtig".

Daß diese Ansicht - so konsequent sie auch begründet zu sein scheint - unrichtig ist, ergibt sich aus der Zulässigkeit eines Formalprozesses über die Frage der Prozeßfähigkeit nach den §§ 274, 275 ZPO.

Die herrschende Meinung sieht daher in der Zustellung der Klageschrift an einen Geschäftsunfähigen bzw. beschränkt Geschäftsfähigen - § 52 ZPO - auch kein Hindernis für das Zustandekommen eines Urteilsverfahrens [5].

---

1) Statt vieler Rosenberg § 89 IV.

2) RGZ 52/13, v. Wilmowski-Levy § 156 Anm. 1, Seuffert § 170 Anm. 1. A.A. Heilbut AcP 69/376 unter Hinweis auf die indikative Fassung des § 171 ZPO.

3) Vgl. Rosenberg § 72 II 2, Seuffert § 170 Anm. 1, Rosenberg Fam.Z. 1958/95.

4) Vgl. Kohler 52, ebenso Hellmann ZZP 27/262.

5) Ebenso ist das Fehlen der Angabe des gesetzlichen Vertreters im Schuldtitel kein Hindernis für den Beginn der Zwangsvollstreckung. Vgl. LG Braunschweig MDR 59/848 zur Frage, wie sich der Gerichtsvollzieher zu verhalten hat, der mit der Zustellung eines Schuldtitels und der Pfändung gegen einen Minderjährigen beauftragt wird, wenn im Schuldtitel kein gesetzlicher Vertreter des Minderjährigen angegeben ist.

Eine einleuchtende Begründung vermag sie hierfür jedoch nicht zu geben. Meistens begnügt man sich mit dem richtigen Hinweis, die Prozeßvoraussetzungen seien nach der ZPO Gegenstand des Prozesses, könnten mithin nicht dessen Voraussetzungen sein. Ein Prozeß müsse daher auch beim Mangel der Prozeßvoraussetzungen zustande kommen [1].

Nur wenige Autoren versuchen, diese Erkenntnis mit § 171 ZPO in Einklang zu bringen. Einer der wenigen ist Wurzer [2]. Er glaubt, die seiner Ansicht nach widersprüchliche Regelung der ZPO, die auf der einen Seite den Prozeßunfähigen als Prozeßpartei zulasse, andererseits aber die Zustellung an ihn mißbillige, erklären zu können, indem er ausführt: "Das Gesetz hat trotz der richtigen Klageerhebung ein gültiges Urteilsverfahren zugelassen [3], weil dies die einzige Gewähr dafür bietet, die Streitfrage erschöpfend zu erörtern. Das Gesetz hat damit einem Prozeßnotstand vorgebeugt und sich einem höheren Zwecke gefügt; es hat sich auch nicht gescheut, die damit verbundenen Ungereimtheiten als das kleinere Übel mit in Kauf zu nehmen".

Planck [4] zieht aus der Tatsache, daß die Zivilprozeßordnung einen Prozeß auch bei Zustellung an einen Prozeßunfähigen entstehen läßt, einen anderen Schluß. Er folgert hieraus die Zulassung des Prozeßunfähigen zu wirksamem prozessualischen Handeln [5]. Dabei geht er aber nicht so weit, die entgegen § 171 ZPO an den Prozeßunfähigen erfolgte Klagezustellung schlechthin wirksam sein zu lassen. Anders als Wurzer, der die Klagezustellung und damit die gesamte Klageerhebung einheitlich beurteilt, und für den sich demgemäß das Problem auf die Alternative Wirksamkeit oder Unwirksamkeit zuspitzt, unterscheidet Planck zwischen dem Verfahren zur Hauptsache und dem Verfahren, das zur Prüfung der Prozeßvoraussetzungen dienen soll. Er führt aus: Das Fehlen der Prozeßfähigkeit besage aller-

1) Vgl. Goldschmidt Rechtslage 5, Sauer Grundlagen 517, Rosenberg § 89 I 3, Rittelmeyer 3.
2) Wurzer Gruchot 64/58.
3) Ebenso Schultz 64.
4) Planck Bd. II 90.
5) Vgl. hierzu Wurzer (auf Planck eingehend) Gruchot 64/53, 54.

dings so viel, daß kein Urteil zur Hauptsache ergehen könne. Andererseits ergebe sich aus dem Verbot der richterlichen Vorprüfung von Prozeßvoraussetzungen, sowie aus der Tatsache, daß die an einem solchen Mangel krankende Klage nach dem Gesetz die Rechtsfähigkeit zur Folge habe [1], daß auch der Prozeßunfähige insoweit von der Zivilprozeßordnung zu wirksamem prozessualischen Handeln zugelassen sei.

Diese Relativierung findet sich auch bei Süß [2], der sich gegen die oben erwähnte Ansicht Kohlers wendet und beim Fehlen von Prozeßvoraussetzungen nur den Sachprozeß, nicht aber den Formalprozeß für "vitiiert" hält. Denn Aufgabe des Formalprozesses sei es ja gerade, erst das "vitium"festzustellen, welches einen Sachprozeß verhindere. Das könne aber rechtswirksam nur in einem fehlerfreien Prozeß geschehen. Daher sei es auch ungenau, zu sagen, die Klageerhebung sei bei Klagezustellung an eine prozeßunfähige Partei nichtig und engagiere keinen Prozeß. Ein Prozeß komme zustande, das Prozeßrechtsverhältnis werde begründet. Es sei zwar nicht vollgültig und nicht genügend ausgestaltet, um die für einen zulässigen Sachprozeß nötigen Rechtsbeziehungen zu schaffen. Soweit es sich aber um den Formalprozeß handele, sei dieses Rechtsverhältnis trotz seiner Mangelhaftigkeit ein gültiges.

Der Ansicht Plancks und Süß' ist zuzustimmen. Sie wird als einzige den §§ 274, 275 ZPO gerecht, ohne - wie Wurzer - systemwidrig davon ausgehen zu müssen, die Zivilprozeßordnung knüpfe an eine unwirksame Prozeßhandlung ein zulässiges Verfahren.

Die Konstruktion der Zivilprozeßordnung gestattet es in diesen Fällen nicht, eine Prozeßhandlung einheitlich zu bewerten. Je nachdem, unter welchem Gesichtspunkt die Klageerhebung betrachtet wird, ob hinsichtlich des Formalprozesses oder hinsichtlich des Sachverfahrens, kann sie wirksam oder unwirksam sein. Diese unterschiedli-

1) So auch OLG Hamm MDR 1949/39, vgl. RGJW 07/391, RG 151/238. Anders Just AcP 68/325, Pfizer ZZP 13/182, Hellmann ZZP 27/262, vgl. auch Höpfner 27/30 , Ulbricht AcP 78/98 ff.
2) Süß ZZP 54/46, 47.

che Bewertungsmöglichkeit folgt zwangsläufig aus der Anlage des Gesetzes, das ein und dieselbe Handlung für verschiedene Verfahrensabschnitte, die in ihren Voraussetzungen von einander abweichend geregelt sind, bedeutsam sein läßt. Die Zustellung der Klageschrift an eine prozeßunfähige Partei ist also insoweit wirksam, als durch sie der Prozeß in Gang gebracht wird und über die Frage der Prozeßfähigkeit entschieden werden soll. Soweit sie dagegen auf das Sachverfahren hinzielt, ist sie unwirksam.

Daß die relativierende Auffassung zur Überwindung theoretischer Schwierigkeiten beitragen kann, soll anhand folgenden Falles nachgewiesen werden: Ein unbemerkt prozeßunfähiger Kläger wird nach längerer Prozeßdauer prozeßfähig. Nach § 579 I 4 ZPO könnte er nun seine bisherige Prozeßführung genehmigen. Da seine Sache aber nicht aussichtsreich steht, verweigert er die Genehmigung. Es fragt sich, ob in diesem Fall Prozeß- oder Sachabweisung zu erfolgen hat. Die Beantwortung der Frage hängt mit der nach der Wirksamkeit der Klageerhebung zusammen. Stellt man sich - wie Wurzer - auf den Standpunkt, die Klageerhebung sei zwar unwirksam, reiche aber trotz ihrer Unwirksamkeit zum Erlaß eines Prozeßurteils aus, so kommt man zwar zu einem Prozeßurteil, erkauft sich diese Konstruktion aber mit der Annahme einer Systemwidrigkeit. Verfällt man jedoch ins Gegenteil, indem man aus der Zulässigkeit des Formalprozesses einerseits und der ihn begründenden Klage andererseits den Schluß zieht, wegen dieses Zusammenhangs müsse die Klageerhebung, da die Zivilprozeßordnung eine Sache nicht gleichzeitig erlauben und verbieten könne, wirksam sein, so bleibt kein Raum mehr für die Frage der Genehmigung. Nur die ausschließlich zur Sache vorgenommenen Prozeßhandlungen des Prozeßunfähigen wären dann unwirksam und damit genehmigungsfähig. Auf die Klage dagegen müßte durch Sachurteil entschieden werden. Dies könnte zwar nicht sofort geschehen, da die Verweigerung der Genehmigung den größten Teil der zur Sache vorgenommenen Prozeßhandlungen fehlerhaft bleiben ließe. Der Rechtsstreit wäre zur Entscheidung also noch nicht reif - § 300 ZPO -. Immerhin würde aber der Prozeßunfähige an seinem Handeln festgehalten. Und gerade das will § 579 I 4 ZPO verhindern. Der erstrebte Schutz läßt sich nur durch eine Prozeßabweisung erreichen.

Wir sehen also: Die eine Meinung kann den Erlaß eines prozeßabweisenden Urteils erklären, gerät aber in Schwierigkeiten bei der Frage, wie über-

haupt ein Urteilsverfahren in Gang kommt; bei der entgegengesetzten Ansicht würden sich die Probleme an anderer Stelle ergeben.

Der beiden Konstruktionen gemeinsame Fehler liegt in der einheitlichen Betrachtungsweise der Klageerhebung. Es gilt zu erkennen, daß die Zivilprozeßordnung Prozeßhandlungen nicht eindeutig für wirksam oder unwirksam erklärt. Vielmehr sind beide Wertungen - relativ - nebeneinander möglich. Auf diese Weise gewinnt man eine Basis, von der aus sowohl die Zulässigkeit eines Formalprozesses als auch die Klageabweisung durch Prozeßurteil beim Fehlen der Prozeßfähigkeit nicht mehr als Gegensätze erscheinen. Danach ist die Klageerhebung bei einem solchen Mangel zwar wirksam, aber nur soweit über die Prozeßfähigkeit entschieden werden soll. Für einen zulässigen Sachprozeß reicht die Klageerhebung dagegen nicht aus. Daran ändert sich auch nichts, wenn der zunächst Prozeßunfähige im Verlauf des Verfahrens die Prozeßfähigkeit erwirbt. Solange er seine Prozeßführung nicht genehmigt, ist die Klage als unzulässig abzuweisen [1].

Über die rein formale Wirksamkeit hinaus kommen der Klage eines Prozeßunfähigen sogar gewisse sachlich-rechtliche Wirkungen zu. Sie ergeben sich aus den Folgen, die das materielle Recht an die Erhebung der Klage knüpft.

Zunächst sei wiederholt, daß § 263 ZPO auch beim Mangel der Prozeßfähigkeit gilt [2]. Auch die Klage eines Prozeßunfähigen hat nach § 263 ZPO die Rechtshängigkeit der Streitsache zur Folge, wodurch wegen der damit eintretenden Sperrwirkung nach Abs. 2 Satz 1 dieser Vorschrift dem gesetzlichen Vertreter des Prozeßunfähigen die Geltendmachung des materiellen Anspruchs in einem anderen Prozeß unmöglich gemacht wird. Der gesetzliche Vertreter kommt dadurch in die Zwangslage, entweder den von dem Prozeßunfähigen eingeleiteten Prozeß fortzuführen und dessen Handeln im ganzen [3] zu genehmigen, oder aber die Klageabweisung abzuwarten und nun seinerseits zu klagen.

---

1) Lent AkZ 42/245.
2) Vgl. oben S. 51 Anm. 1 und Baumbach-Lauterbach § 263 Anm. 2 A.
3) Vgl. Rosenberg § 43 III 2, § 42 III 1 b, RGZ 110/231.

Der damit verbundene zeitweilige Mangel der gerichtlichen Einklagbarkeit des materiellen Anspruchs bringt für den Prozeßunfähigen jedoch keine Nachteile mit sich. Dafür sorgt die Bestimmung des § 212 II BGB. Sie läßt die Unterbrechung der Verjährung auch eintreten, wenn der Prozeßunfähige die Klage erhoben hat und diese daher als unzulässig abgewiesen worden ist. Erforderlich ist lediglich, daß der gesetzliche Vertreter binnen sechs Monaten seit der rechtskräftigen Abweisung der Klage erneut klagt.

Der Prozeßunfähige hat aber nach dem Gesetz nicht nur die Macht, durch die Erhebung einer Klage auf den Lauf der Verjährungsfristen einzuwirken. Sein prozessuales Handeln hat noch weitere materiellrechtliche Folgen. Es sei hier lediglich auf die Bestimmungen der §§ 847 I 2, 818 IV, 987, 2023, 291, 292 BGB verwiesen.

Ausgangspunkt für die vorangegangenen Erörterungen war im Rahmen der Untersuchung der Parteifähigkeit die Frage, wieso die wirksam erhobene Klage des Parteiunfähigen als unzulässig abgewiesen wird.

Nunmehr ist zu prüfen, ob die bei der Prozeßfähigkeit gewonnenen Ergebnisse auch für die Lösung des Problems beim Mangel der Parteifähigkeit fruchtbar gemacht werden können.

Dabei versteht es sich von selbst, daß es eine Parallele zu den zuletzt behandelten Fällen der Unterbrechung der Verjährung und sonstiger materiellrechtlicher Folgen nicht geben kann, da eine zunächst parteiunfähige Partei bis zur Erlangung ihrer Parteifähigkeit nicht rechtsfähig ist und daher auch keine Rechte haben kann, für die die Unterbrechung der Verjährung von Bedeutung sein könnte.

Wie aber verhält es sich mit der relativierenden Betrachtungsweise der Klageerhebung ?

§ 171 ZPO regelt nur die Zustellung bei Prozeßunfähigkeit. Ein unmittelbarer Zusammenhang mit der hier zu erörternden Frage nach

der dogmatischen Begründung der Abweisung der Klage eines Parteiunfähigen als unzulässig scheint daher auf den ersten Blick nicht zu bestehen; und doch ist er gegeben. Denn die Frage, wie sich das Verbot der Zustellung an einen Prozeßunfähigen mit dem nicht zu leugnenden wirksamen Zustandekommen eines Prozesses bei Mißachtung der Vorschrift des § 171 I ZPO vereinbart, ist die gleiche wie die nach dem Verhältnis zwischen wirksamer Klageerhebung durch einen Parteiunfähigen und Abweisung dieser Klage als unzulässig: In beiden Fällen stehen sich gesetzliche Regelungen gegenüber, die nur durch eine relativierende Betrachtungsweise miteinander in Einklang gebracht werden können.

Für die ältere, hauptsächlich von Bülow vertretene, Lehre bestand diese Notwendigkeit nicht. Prozeß war damals in Anlehnung an das römische Recht nur der Prozeß zur Hauptsache [1]. Erst mit der Erkenntnis, daß auch eine Klageerhebung, die nicht zu einer Sachentscheidung führen kann, einen Prozeß begründet [2], wurde das Problem der relativen Wirksamkeit einzelner Prozeßhandlungen im Hinblick auf den Formal- bzw. Sachprozeß akut, denn nunmehr mußte ein und dieselbe Handlung unter verschiedenen Aspekten gesehen werden; so der Klageantrag des Parteiunfähigen einmal unter dem Gesichtspunkt des erstrebten Sachurteils, zum anderen aber im Hinblick auf den Prozeß, soweit in ihm nicht zur Sache verhandelt wird. Ein Sachurteil kann der Parteifähige nicht erlangen. Seine Klage ist unwirksam. Da die Klage Erwirkungshandlung ist, wird sie als unzulässig abgewiesen. Dagegen ist die Klage voll wirksam und hat demgemäß auch einen wirksamen Prozeß im Gefolge, soweit im Verfahren die Frage der Parteifähigkeit geprüft wird.

VIII.

1. Nach Erörterung der Funktionen der Parteifähigkeit im Prozeß erster Instanz, ist nunmehr zur Überprüfung des dort gewonnenen Ergebnisses auf das Han-

1) Bülow Prozeßvoraussetzungen 4, Wetzell 136, 142, Nußbaum 129, vgl. Sauer Grundlagen 162 mit weiteren Literaturhinweisen, Geis 13, 24, Hellwig Klagrecht 54.

2) Vgl. Hellwig Lehrbuch Bd. II 13, Goldschmidt Rechtslage 6.

deln des Parteiunfähigen im Rechtsmittelverfahren einzugehen. Dazu sei zunächst noch einmal an die Meinung Rosenbergs erinnert, der die Funktion der Parteifähigkeit als Prozeßhandlungsvoraussetzung darin sieht, daß beim Mangel der Parteifähigkeit alle von oder gegenüber dem Parteiunfähigen vorgenommenen Prozeßhandlungen unwirksam sind [1]. Entsprechend der allgemeinen Fassung dieser Lehre müßte der Mangel der Parteifähigkeit auch das Handeln des Parteiunfähigen bei Einlegung der Berufung erfassen [2]. Die Folge davon wäre, je nachdem ob man in der Einlegung der Berufung eine Erwirkungshandlung oder Bewirkungshandlung sehen will, entweder die Zurückweisung eines eventuell in der Einlegung der Berufung liegenden Antrags, oder aber die völlige Nichtbeachtung der Einlegung des Rechtsmittels.

Die Frage, welcher Handlungskategorie man die Einlegung von Rechtsmitteln zuordnen soll, ist umstritten. Während Rosenberg sie zur Gruppe der Erwirkungshandlungen zu rechnen scheint [3], bezeichnet Lent die Einlegung von Rechtsmitteln als Bewirkungshandlung [4].

Der Ansicht Lents ist der Vorzug zu geben. Die Einlegung eines Rechtsmittels ist der Einreichung der Klageschrift bei Klageerhebung vergleichbar. Durch sie wird kein Antrag gestellt. Der Antrag liegt vielmehr in der Klage bzw. der Berufung selbst und muß seitens der Parteien in der mündlichen Verhandlung erst gestellt werden. Allenfalls könnte die Einlegung der Berufung wegen eines damit verbundenen Antrags auf Rechtsschutzgewährung Erwirkungshandlung sein [5]. Ein solcher Antrag wäre inhaltlich aber nicht mehr, als eine Bitte an das Gericht, Termin anzuberaumen, damit der Kläger seinen Prozeßantrag dem Spruchgremium unterbreiten kann [6]. Es würde mit dem Antrag also genau das ver-

1) Rosenberg § 42 III 1 b.
2) Vgl. Weismann 368, 369.
3) Rosenberg § 60.
4) Lent § 29 III.
5) So Reiner für die Einreichung der Klageschrift.
6) Fischer spricht auch in Bezug auf die Klageerhebung vom "Antrag auf Terminsbestimmung" - Gruchot 25/677, ebenso Rosenberg § 60 I 1 (letzter Absatz).

langt, wozu das Gericht kraft Gesetzes von Amts wegen verpflichtet ist. Hat die Einlegung der Berufung somit unmittelbare Wirkung, indem sie das Gericht zu einem bestimmten vom Gesetz vorgeschriebenen Handeln veranlaßt, so ist sie der Definition gemäß Bewirkungshandlung, denn sie begründet eine bestimmte Prozeßlage [1]. Das hätte zur Folge, daß die Einlegung der Berufung durch einen Parteiunfähigen unbeachtlich wäre und der Vorsitzende auf sie nicht zu reagieren brauchte. Die Parteifähigkeit könnte dann nicht länger als Sachurteilsvoraussetzung qualifiziert werden, sie wäre vielmehr Voraussetzung für das Zustandekommen des Berufungsverfahrens, also Prozeßbedingung. Die sich aus der Beilegung der Funktion einer Prozeßhandlungsvoraussetzung für die Einlegung der Berufung durch den Parteiunfähigen eigentlich ergebenden Folgerungen werden daher auch von niemandem gezogen. Man ist sich zumindest darüber einig, daß das Gericht eine Entscheidung zu treffen hat. Unklarheit besteht über die Form, in der die Entscheidung gefällt werden soll.

2. Die Zivilprozeßordnung läßt an zwei Möglichkeiten denken. Einmal könnte die Frage der Parteifähigkeit gem. § 519 b ZPO Gegenstand der Prüfung sein, ob die Berufung an sich statthat ift. Das Berufungsgericht hätte die Berufung des Parteiunfähigen danach beim Feststehen des Mangels durch Beschluß als unzulässig zu verwerfen. Bei Zweifeln könnte Termin anberaumt und durch Urteil entschieden werden (§ 520 ZPO)[2].

Es wäre aber auch denkbar, daß die Prüfung dieser Frage nicht in den Rahmen des § 519 b ZPO fällt und grundsätzlich im Urteilsverfahren zu erfolgen hat. In diesem Sinne spricht sich Rosenberg aus [3]. Nicht ganz eindeutig ist eine Entscheidung des Reichsgerichts, die sich mit dieser Frage befaßt [4]. Dort heißt es, ein Rechtsmittel, das ohne Wissen und Willen der Partei eingelegt sei, dessen Einlegung auch von der Partei nicht genehmigt werde, sei wegen Fehlens einer Prozeßvoraussetzung "an sich unstatthaft und als unzulässig zu verwerfen". Es ist fraglich, ob

1) Vgl. Rosenberg § 60 II.
2) Stein-Jonas § 519 b III B 1.
3) Rosenberg § 42 III 3 a.
4) RGZ HRR 1930 Nr. 825.

man aus dem Abstellen auf das Fehlen einer Prozeßvoraussetzung schließen kann, das Reichsgericht habe damit zum Ausdruck bringen wollen, sämtliche Prozeßvoraussetzungen seien im Rahmen des § 519 b ZPO zu prüfen; denn die im Urteil zitierten Fundstellen [1] betreffen nur den Fall des von einem vollmachtlosen Vertreter eingelegten Rechtsmittels und lassen keinen allgemeinen Schluß auf die Behandlung des Mangels von Prozeßvoraussetzungen zu.

Allerdings hat das Reichsgericht in einem anderen Fall, in dem es um die Frage ging, ob eine wegen Geisteskrankheit geschäftsunfähige Person gegen die Anordnung einer Pflegschaft nach § 1910 II BGB selbständig Beschwerde einlegen könne, entschieden, das von einer solchen Person eingelegte Rechtsmittel sei als unzulässig zu verwerfen [2]. Diese Rechtssprechung hat der Bundesgerichtshof zunächst fortgeführt [3]. Erst nach dem Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 10. Februar 1960 [4], dem der Bundesgerichtshof den Grundsatz entnahm, daß auch Entmündigte und Geisteskranke in Verfahren, in denen über die wegen ihres Geisteszustandes zu treffenden Maßnahmen entschieden wird, zur Wahrung ihrer Rechte als prozeßfähig gelten [5], hat der Bundesgerichtshof die Rechtsprechung des Reichsgerichts aufgegeben [6]. Er begründet seine neue Auffassung im wesentlichen mit einer Verletzung des rechtlichen Gehörs - Art. 103 I GG -, die er in der Verwerfung der Beschwerde als unzulässig sieht.

Der Entscheidung des BGH ist zuzustimmen. Die sich auf Art. 103 I GG stützende Begründung kann aber zumindest in dem hier zu behandelnden Berufungsverfahren zu keiner Lösung führen. Denn anders als nach § 19 FGG besteht im Berufungsverfahren nach der Zivilprozeßordnung die Möglichkeit, dem Erfordernis des rechtlichen Gehörs dadurch zu genügen, daß der Parteiunfähige im Rahmen des § 519 b ZPO gehört wird. Auf eine bestimmte Verfahrensart besteht - wie bereits erwähnt - kein Anspruch.

---

1) RGZ 66/38, Stein-Jonas § 88 III 3.
2) RGZ 145/284.
3) BGHZ 15/262.
4) BVerfGE 10/302.
5) BGHZ 35/11.
6) BGHZ 35/1.

Zur Frage, ob das Rechtsmittel eines Parteiunfähigen als unzulässig zu verwerfen oder die Klage als unzulässig abzuweisen ist, hat der Bundesgerichtshof in einer anderen Entscheidung ausgeführt: Eine Partei, deren Parteifähigkeit im Streite stehe, sei zur Erledigung dieses Streites auf jeden Fall noch parteifähig. Deshalb dürfe das von ihr eingelegte Rechtsmittel, auch wenn ihre Parteifähigkeit zu verneinen sei, nicht als unzulässig verworfen werden. Vielmehr müsse die Klage als unzulässig abgewiesen werden [1]. Der Bundesgerichtshof stützt seine Entscheidung auf das bereits an anderer Stelle erwähnte Urteil des Reichsgerichts [2], das sich mit der Frage befaßt, in welchem Verfahrensabschnitt die Frage des Mangels der gesetzlichen Vertretung zu prüfen sei. Darin ist ausgeführt: Zwar habe das Gericht nach § 54 - jetzt § 56 - ZPO den Mangel der Legitimation des gesetzlichen Vertreters von Amts wegen zu berücksichtigen. Daraus folge aber nicht, daß der nicht zur gesetzlichen Vertretung berufene Vertreter nicht in der Lage wäre, vor Gericht aufzutreten oder einen Prozeßbevollmächtigten aufzustellen. Nach § 247 Abs. 2 Ziff. 6 - jetzt § 274 II 7 - ZPO habe vielmehr derjenige, der vom Kläger als gesetzlicher Vertreter angesehen wird, das Recht die mangelnde gesetzliche Vertretung des Beklagten im Urteilsverfahren geltend zu machen. Über diese Frage könne nur durch Urteil entschieden werden. Die Nichtzulassung des angeblichen gesetzlichen Vertreters zur mündlichen Verhandlung sowie die Entscheidung über den Legitimationspunkt durch Beschluß fänden in der Zivilprozeßordnung keine Stütze und seien daher nicht zulässig. Gleiches müsse grundsätzlich auch für das Rechtsmittelverfahren gelten, in welchem über die Frage der Legitimation des Vertreters gestritten wird.

Die Ansichten des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs zur Frage der Art der Entscheidung über Prozeßvoraussetzungen im Berufungsverfahren stimmen mit den bisher gefundenen Ergebnissen über-

1) BGHZ 24/94, ähnlich BGHZ 35/1, zur Frage der Zulässigkeit einer Beschwerde des Prozeßunfähigen OLG Schleswig, SchlHA 1958/230.

2) RGZ 29/408 ff.

ein. Nach der gesetzlichen Regelung der §§ 525, 537 ZPO ist das Berufungsverfahren prinzipiell als eine Fortsetzung des Verfahrens erster Instanz zu sehen. Sein Zweck ist nicht nur die Nachprüfung des Urteils, so wie es erlassen ist, sondern die Gewinnung eines neuen Urteils aufgrund neuer Verhandlung, in der die Vermehrung des Streitstoffs hinsichtlich des Klagebegehrens weithin zulässig ist. Dem entspricht es, der parteiunfähigen Partei im Berufungsverfahren die gleiche Stellung einzuräumen wie im Verfahren erster Instanz.

Daß die beiden Entscheidungen jeweils einen bereits aufgebrochenen Streit über den Legitimationspunkt betreffen, zwingt zu keiner Einschränkung. Auch im Berufungsverfahren begründet der Streit über die Parteifähigkeit, die Prozeßfähigkeit oder die gesetzliche Vertretung keine besondere prozessuale Situation. Ebensowenig wie bei Klageerhebung steht bei Einlegung der Berufung schon fest, ob es zu einem solchen Streit überhaupt kommen wird. Die auf den Seiten 32 ff dieser Schrift getroffenen Feststellungen können daher in vollem Umfang entsprechend herangezogen werden. Danach handelt ein Parteiunfähiger im Berufungsverfahren insoweit wirksam, als sein Handeln auf einen bereits im Gange befindlichen oder noch möglichen Streit über seine Parteifähigkeit bezogen werden kann.

Die Berufung eines Parteiunfähigen gegen ein Urteil, durch das seine Klage wegen fehlender Parteifähigkeit als unzulässig abgewiesen worden ist, ist daher durch Urteil zurückzuweisen.

Hat der Parteiunfähige als Kläger in erster Instanz ein Sachurteil erlangt, so ist auf die Berufung des Beklagten die Klage als unzulässig abzuweisen.

3. Streitig ist, was zu geschehen hat, wenn der parteiunfähige Kläger in erster Instanz sachlich nur teilweise obgesiegt und wegen der Teilabweisung Berufung eingelegt hat. Soll in diesem Fall die Klage in ihrer Gesamtheit als unzulässig abgewiesen werden, oder kann eine Entscheidung nur hinsichtlich des in erster Instanz nicht zugesprochenen Teils ergehen ?

Die hiermit aufgeworfene Frage betrifft die Bestimmung des § 536 ZPO. Danach darf das Urteil des ersten Rechtszuges nur insoweit abgeändert werden, als eine Abänderung beantragt ist. Da der Antrag auf Abänderung hier lediglich den Teil des Klageanspruchs betrifft, den das Gericht erster Instanz nicht zuerkannt hat, dürfte nach dem Wortlaut des § 536 ZPO eine Entscheidung nur hinsichtlich dieses Berufungsgegenstandes möglich sein. In Literatur und Rechtsprechung wird aber weitgehend die Ansicht vertreten, auch auf die Berufung des parteiunfähigen Klägers gegen ein nur teilweise zusprechendes Urteil könne noch in der Berufungsinstanz über den gesamten Streitgegenstand der ersten Instanz geurteilt und bei erwiesener Parteiunfähigkeit die Klage als unzulässig abgewiesen werden. Denn das Verbot der reformatio in peius des § 536 ZPO beziehe sich nicht auf die Fragen des Verfahrens, die der Disposition der Parteien entzogen und von Amts wegen zu prüfen seien [1]. Diese Auffassung, die als die herrschende bezeichnet werden kann, hat mit Recht den Widerspruch Blomeyers hervorgerufen [2]. Wie Blomeyer nachweist, ergibt weder die Entwicklungsgeschichte des § 536 ZPO einen Anhaltspunkt, der die herrschende Meinung stützen könnte, noch ist das Argument, § 536 ZPO betreffe nicht die von Amts wegen zu beachtenden Fragen des Verfahrens, unbedingt stichhaltig. Der Berufungskläger, der in erster Instanz teilweise obgesiegt hat, ist nur insoweit beschwert, als seiner Klage nicht stattgegeben worden ist, nur insoweit beantragt er auch eine Abänderung des Urteils. Da sich der Berufungsgegenstand [3] auf diesen Umfang beschränkt, kann das Sachurteil erster Instanz auch nur hinsichtlich des nicht zugesprochenen Teils abgeändert werden, denn die Berücksichtigung des Mangels der Parteifähigkeit gemäß § 56 I ZPO kann nur Berücksichtigung innerhalb des Verfahrens und soweit der Streit- bzw. Berufungsgegenstand geht bedeuten.

Einen Vorteil hat allerdings die Lösung im Sinne der herrschenden Meinung für sich: sie verhindert überflüssige Prozesse. Dem Beklagten ist es

---

1) Hellwig System 844, Stein-Jonas § 536 II, Rosenberg § 138 I 2 b, RGZ 58/256, BGHZ 18/106, Lent-Jauernig § 72 VIII.
2) Blomeyer § 99 II 2.
3) Vgl. Blomeyer § 101.

nämlich nach § 579 I 4 ZPO immer noch möglich, das Sachurteil erster Instanz im Wiederaufnahmeverfahren zu Fall zu bringen, so daß am Ende der Streitigkeiten in jedem Fall die Abweisung der Klage als unzulässig stände. Es ist jedoch etwas anderes, ob das Berufungsgericht diesen Zustand von sich aus herstellt, oder ob der Beklagte über das Wiederaufnahmeverfahren hierauf hinwirkt. Der Beklagte kann prozeßmüde sein oder sterben, und sein Rechtsnachfolger mag viele Gründe haben, den Prozß nicht fortzuführen. Geht die gesetzliche Regelung dahin, daß ein teilweise zusprechendes Sachurteil, das mit Rechtsmitteln - soweit zugesprochen ist - nicht angegriffen wird, in der Berufungsinstanz nicht abgeändert und die Klage nicht als unzulässig abgewiesen werden darf, so kann dieses Ergebnis auch nicht aus sogenannten prozeßökonomischen Gründen erreicht werden [1]. Der Grundsatz der Prozeßökonomie hat nur dort seine Berechtigung, wo es gilt, den für die Parteien günstigsten Weg unter Wahrung ihrer gesetzlich garantierten Rechte zu finden. Er darf nicht dazu führen, eine Partei in ihren Rechten zu beschneiden oder gesetzliche Bestimmungen zu umgehen. Das aber wäre hier der Fall. Der Ansicht Blomeyers ist somit der Vorzug zu geben.

Die Ausführungen gelten entsprechend für das Revisionsverfahren. Auch hier handelt der Parteiunfähige insoweit zulässig als sich der Prozeß im formalen Bereich hält und der Parteiunfähige keine Sachanträge stellt. Ebenso liegt die Problematik des Verbots der reformatio in peius nach § 559 Ziff. 1 ZPO parallel zur erörterten Bestimmung des § 536 ZPO und wird daher auch als auf sämtliche Rechtsmittel zutreffend von Literatur und Rechtsprechung häufig vor die Klammer gezogen [2].

1) Zum Gesichtspunkt der Prozeßökonomie vgl. Gaul ZZP 74/80, 81, vgl. BGHZ 18/106.
2) Blomeyer § 99 II 2, RGZ 58/256.

§ 6 DIE PROZESSFÄHIGKEIT UND DIE LEGITIMATION DES GESETZLICHEN VERTRETERS ALS PROZESSHANDLUNGSVORAUSSETZUNGEN

I.

Was für die Parteifähigkeit festgestellt werden konnte, muß entsprechend auch für die Prozeßfähigkeit und an ihrer Statt die gesetzliche Vertretung gelten.

Diese drei Prozeßvoraussetzungen sind in ihren prozessualen Folgen vom Gesetz überall gleichmäßig geregelt [1]. Eine scheinbare Ausnahme machen nur die §§ 551 Ziff. 5 und 579 I 4 ZPO, nach denen zwar die Prozeßunfähigkeit und der Mangel der gesetzlichen Vertretung, nicht aber ein Fehlen der Parteifähigkeit absoluter Revisionsgrund und Voraussetzung für die Erhebung einer Nichtigkeitsklage ist.

Wie oben bereits bezüglich der Nichtigkeitsklage erwähnt, hat die Rechtsprechung die Parteifähigkeit auch in diesem Punkt den beiden anderen Prozeßvoraussetzungengleichgestellt. Ebenso behandelt die h.M. den Mangel der Parteifähigkeit entsprechend § 551 Ziff. 5 ZPO als absoluten Revisionsgrund [2].

Diese Gleichartigkeit der Parteifähigkeit, Prozeßfähigkeit und der gesetzlichen Vertretung in ihren prozessualen Folgen rechtfertigt es, das anhand der Untersuchung der Parteifähigkeit gewonnene Ergebnis auf die Prozeßfähigkeit und die gesetzliche Vertretung zu übertragen, zumal bei der Prüfung der Parteifähigkeit häufig auf Parallelerscheinungen bei der Prozeßfähigkeit zurückgegriffen wurde.

---

1) Vgl. OLG Celle JW 1920/908 (910).
2) Vgl. statt vieler Baumbach-Lauterbach § 551 B 9, Rosenberg § 140 III 3 c.

Danach ist jede Partei, deren Prozeßfähigkeit im Streite steht und jeder Vertreter, bei dem es fraglich ist, ob ihm die gesetzliche Vertretungsmacht zukommt oder nicht, in der Lage, insoweit einen vollwirksamen Prozeß zu führen. Sämtliche Prozeßhandlungen zu diesem Zweck werden von der Zivilprozeßordnung gebilligt. Prozeßfähigkeit und gesetzliche Vertretungsmacht sind daher im Formalprozeß keine Prozeßhandlungsvoraussetzungen, sondern nur insoweit, als Prozeßhandlungen vorgenommen werden, die auf die Sache bezogen sind.

Der Vorsitzende muß daher grundsätzlich auch beim Mangel der Prozeßfähigkeit Termin zur mündlichen Verhandlung anberaumen. Nur wenn die Prozeßunfähigkeit feststeht und eine nachträgliche Genehmigung der Handlungen des Prozeßfähigen durch den gesetzlichen Vertreter mit Sicherheit nicht zu erwarten ist, muß die Terminsanberaumung versagt und dem Prozeßunfähigen damit die Verfolgung seines Anspruchs in mündlicher Verhandlung unmöglich gemacht werden. Wie schon ausgeführt [1], würde die Beteiligung des Prozeßunfähigen am streitigen Verfahren in einem solchen Falle den schutzwürdigen Interessen des Prozeßunfähigen zuwiderlaufen und wäre darüberhinaus auch sinnlos, da von Anfang an feststände, daß ein Sachprozeß nie zustande kommen könnte.

II.

Handelt damit der Prozeßunfähige im Bereich des Formalprozesses grundsätzlich wirksam, so ist die Prozeßfähigkeit nicht die "Fähigkeit, alle Prozeßhandlungen wirksam vorzunehmen und entgegenzunehmen" [2]. Der vom Gesetz anerkannte Rahmen wirksamen Handelns geht über den nach materiellem Recht durch die Geschäftsfähigkeit gezogenen [3] hinaus und macht daher ebenso wie bei der Parteifähigkeit eine Umdefinierung des Begriffs der Prozeßfähigkeit erforderlich. Dabei kann wieder an die Auffassung Nikischs [4] angeknüpft werden.

---

1) Vgl. S. 46 ff dieser Abhandlung
2) Rosenberg § 43 I.
3) So h.M. vgl. Baumbach-Lauterbach § 51 Anm. 1.
4) Nikisch § 30 I 1.

Die Prozeßfähigkeit ist danach die Fähigkeit, in Bezug auf die prozessuale Handlungsfähigkeit mit der Wirkung zu klagen und verklagt zu werden, daß ein Sachurteil ergehen kann.

§ 7 DIE VOLLMACHT DES GEWILLKÜRTEN VERTRETERS ALS PROZESSHANDLUNGSVORAUSSETZUNG

Die Vollmacht des gewillkürten Vertreters ist nach herrschender Auffassung Prozeßhandlungsvoraussetzung [1], nicht dagegen Prozeßvoraussetzung. Nur wenn der Mangel der Vollmacht schon bei Klageerhebung vorliegt, kommt es zur Abweisung der Klage als unzulässig. Insofern ist auch die Vollmacht Prozeßvoraussetzung [2].

I.

Die Berücksichtigung des Mangels der Vollmacht hängt gemäß § 88 ZPO von der Art des Verfahrens ab. Ist eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten - z.B. vor dem Amtsgericht, § 78 ZPO -, so hat das Gericht den Mangel der Vollmacht von Amts wegen zu berücksichtigen, in allen anderen Fällen muß der Gegner den Mangel der Vollmacht erst rügen - § 88 I ZPO - .

1) Rosenberg § 51 II 1.
2) Rosenberg § 51 II 1.

Rosenberg schließt aus der Verpflichtung des Gerichts, im amtsgerichtlichen Verfahren den Mangel ex officio zu prüfen, daß auf die Klage eines nicht durch Vollmachtsurkunde ausgewiesenen Vertreters - § 80 I ZPO - kein Termin anberaumt werden dürfe [1]. Wie bei der partei- bzw. prozeßunfähigen Partei ist der hierfür maßgebende Gesichtspunkt das seiner Ansicht nach unwirksame Handeln des vollmachtlosen Vertreters.

Entsprechend den voraufgegangegen Untersuchungen ist daher die Stellung des vollmachtlosen Vertreters im Gesetz zu betrachten. Dabei soll zunächst nur für das amtsgerichtliche Verfahren die Frage aufgeworfen werden, ob die Zivilprozeßordnung wie beim Mangel der Parteifähigkeit und Prozeßfähigkeit auch bei fehlender Vollmacht ein wirksames prozessuales Handeln zuläßt.

Nach § 81 ZPO ermächtigt die Prozeßvollmacht zu allen den Rechtsstreit betreffenden Prozeßhandlungen. Darin liegt eine Stütze der Ansicht Rosenbergs. Denn wo die Ermächtigung fehlt, kann nach § 81 ZPO die Folge nur die Unwirksamkeit der vollmachtlos vorgenommenen Prozeßhandlungen sein. Beachtet man jedoch, daß es nach § 88 II ZPO das Gericht ist, welches den Mangel der Vollmacht zu berücksichtigen hat, so könnten sich hinsichtlich der Unwirksamkeit Zweifel ergeben. § 88 II ZPO wird ergänzt durch § 89 I ZPO. Danach kann der Nichtbevollmächtigte vom Gericht einstweilen zur Prozeßführung zugelassen werden. Daß zumindest auch das Gericht als Spruchbehörde über die Zulassung beschließen kann, ergibt sich aus Satz 2 der Vorschrift. Wenn dort bestimmt ist, daß ein Endurteil erst erlassen werden darf, nachdem die für die Beibringung der Genehmigung bestimmte Frist abgelaufen ist, so läßt sich daraus entnehmen, daß das Stadium der Klageerhebung bereits durchlaufen ist und man sich im Urteilsverfahren befindet. Ebenso wie in § 56 II ZPO bedeutet die einstweilige Zulassung nach § 89 I ZPO Zulassung zur Sachverhandlung. Es wäre danach konsequent, hier den gleichen Schluß zu ziehen wie beim Mangel der Prozeßfähigkeit [2] und zu sagen, zu einem Formalprozeß,

1) Rosenberg § 51 II 1.

2) Vgl. S. 45 dieser Abhandlung.

also zu einem Streit über den Legitimationspunkt sei der vollmachtlose Vertreter in jedem Fall zugelassen, insoweit seien seine Handlungen wirksam und insoweit könne die Vollmacht nicht Prozeßhandlungsvoraussetzung sein.

In diese Richtung tendierte früher auch die Meinung Rosenbergs. Noch in seinem Buch "Stellvertretung im Prozeß" schrieb er: "Die Terminsbestimmung darf wegen Mangels der Vollmacht nicht verweigert werden, da das Gericht den Mangel der Vollmacht zu berücksichtigen hat, die Terminsbestimmung aber von dem Vorsitzenden des Gerichts ausgeht und diesem dabei eine sachliche Kognition nicht zukommt" [1].

Diese frühere Meinung steht der heutigen, die die Terminsbestimmung ablehnt, jedoch nicht unvereinbar gegenüber. Während im angeführten Zitat ganz allgemein auf den Mangel der Vollmacht abgestellt ist, spricht Rosenberg an der entsprechenden Stelle seines Lehrbuchs [2] nur von dem nicht durch eine Vollmachtsurkunde ausgewiesenen Vertreter. Dieser kann durchaus bevollmächtigt sein, nur wird er von der Zivilprozeßordnung wie ein Nichtbevollmächtigter behandelt. Neben der fingierten Vollmachtlosigkeit wegen Nichtvorlage der Bevollmächtigungsurkunde kann ein Vertreter vollmachtlos sein, weil ihm keine Vollmacht oder eine Vollmacht von einem dazu nicht legitimierten gesetzlichen Vertreter erteilt ist, oder weil er die Vollmacht überschritten hat.

Der Fall des fehlenden Nachweises der Vollmacht ist von dem des Fehlens der Vollmacht selbst zu unterscheiden.

Ist die nachgewiesene Vollmacht inhaltlich zweifelhaft, so stellt sich die Rechtslage ähnlich dar wie beim Mangel der Prozeßfähigkeit. Es kann zu einem Streit über den Legitimationspunkt kommen, so daß umfangreiche Nachforschungen erforderlich werden [3]. Hierüber muß aber aus den gleichen

1) Rosenberg Stellvertretung 951.

2) Rosenberg § 51 II 2. Auch Blomeyer, § 9 IV 2, scheint einen Unterschied zwischen nicht nachgewiesener und nicht bestehender Vollmacht machen zu wollen, wenn er schreibt, auf die vom ersichtlicherweise unbefugten Vertreter eingereichte Klage dürfe kein Termin anberaumt werden. Denn ersichtlich unbefugt ist der Vertreter im allgemeinen nur, wenn er auf Anforderung des Gerichts keine Vollmachtsurkunde beibringt.

3) Vgl. OLG Colmar ZZP 33/286.

Gründen wie bei zweifelhafter Prozeßfähigkeit das Gericht und nicht der Vorsitzende zu entscheiden haben. Zwar ist zur Feststellung der Vollmacht kein Verfahren im Sinne des § 275 ZPO vorgesehen, jedoch würde es dem Mündlichkeitsprinzip widersprechen, wollte man die Entscheidung über die materielle Seite der Bevollmächtigung dem Vorsitzenden überlassen.

2. Anders ist es, wenn die Vollmacht nicht nachgewiesen wird. Die Prüfung dieser Voraussetzung betrifft lediglich die äußerliche Vollständigkeit der Klageschrift. Von "sachlicher Kognition" [1] kann man in diesem Zusammenhang nicht sprechen. Vielmehr ist die Einreichung einer schriftlichen Vollmachtserklärung als ein Erfordernis anzusehen, das zusätzlich zu den übrigen Voraussetzungen des § 253 II ZPO gegeben sein muß und somit zum Mindesttatbestand der Klageerhebung gehört, der vom Vorsitzenden vor Terminsanberaumung zu prüfen ist.

Zusammenfassend wird man sagen können: Im Parteiprozeß darf die Anberaumung eines Termins zu mündlichen Verhandlung verweigert werden, wenn der Vertreter seine Bevollmächtigung nicht nachweist. Bestehen Zweifel an der inhaltlichen Tragfähigkeit der Vollmacht, so ist Termin anzuberaumen. Soweit hierüber gestritten wird, handelt auch der vollmachtslose Vertreter wirksam, und insoweit ist die Vollmacht auch nicht Prozeßhandlungsvoraussetzung. Denn hierfür kommt es nicht darauf an, ob der Nichtbevollmächtigte den Vertretenen verpflichten kann. Die Frage der Wirksamkeit bezieht sich auf den Erfolg, den die Handlungen des vollmachtlosen Vertreters dem Gericht gegenüber haben, ob sie als Bewirkungshandlungen vom Gericht zu beachten und als Erwirkungshandlungen zulässig sind. Das Handeln des Nichtbevollmächtigten zur Sache ist dagegen im Parteiprozeß unwirksam, kann aber gem. § 89 II ZPO genehmigt werden.

II.

1. Grundsätzlich ebenso ist es im Anwaltsprozeß. Hier ergibt sich die Verpflichtung des Vorsitzenden, Termin anzuberaumen schon aus der

1) Vgl. Rosenberg Stellvertretung 951.

Tatsache, daß eine Nachprüfung der Vollmacht ohne Rüge gemäß § 88 II ZPO nicht statthaft ist. Aus dieser Vorschrift wird weiter zu schließen sein, daß auch die Nichtnachweisung der Bevollmächtigung (§ 80 I ZPO) kein Grund ist, die Terminbestimmung zu verweigern [1].

Der vollmachtlose Anwalt handelt aber auch im Bereich des Sachprozesses wirksam, denn solange der Gegner den Mangel seiner Vollmacht nicht rügt, gilt er als bevollmächtigt. Daraus kann aber nicht der Schluß gezogen werden, im Anwaltsprozeß sei die Vollmacht nicht Prozeßhandlungsvoraussetzung. Der Grundsatz des § 81 ZPO greift auch hier ein, und die ohne Prozeßvollmacht vorgenommenen Handlungen sind fehlerhaft. Nur sieht die Prozeßordnung von der Fehlerhaftigkeit einstweilen ab und behandelt die Handlungen des vollmachtlosen Vertreters bis zur Rüge als wirksam. Ihre latent vorhandene Unwirksamkeit kommt aber sofort zum Vorschein, wenn die Verfahrensschranke wegfällt und das Gericht auf die Rüge hin die Vollmacht nachprüfen darf. Die Lage ist ähnlich wie bei der einstweiligen Zulassung nach § 89 I ZPO. Hier wie dort ist dem Handeln des vollmachtslosen Vertreters einstweilige Wirksamkeit verliehen, bei der gerichtlichen Zulassung gemäß § 89 I ZPO auflösend bedingt durch die Nichtbeibringung der Vollmachterklärung, bei der gesetzlichen Zulassung im Anwaltsprozeß auflösend bedingt durch die Rüge des Gegners. Ebensowenig wie man aus § 89 I ZPO den Schluß ziehen kann, die Vollmacht des gewillkürten Vertreters im Parteiprozeß sei nicht Prozeßhandlungsvoraussetzung soweit zur Sache gehandelt wird, kann man einen entsprechenden Schluß auf das Anwaltsverfahren dem § 88 II ZPO entnehmen.

Für das Rechtsmittelverfahren gilt grundsätzlich das gleiche wie beim Mangel der Partei- oder Prozeßfähigkeit. Der Vorsitzende hat Termin anzuberaumen, und die Berufung oder Revision des vollmachtlosen Vertreters ist nach mündlicher Verhandlung durch das Gericht als unbegründet zurückzuweisen.

Rechtsprechung und Lehre stehen hier allerdings auf einem anderen Standpunkt. Nach herrschender Auffassung soll das von einem nicht bevollmächtigten Vertreter eingelegte Rechtsmittel gemäß §§ 519 b, 554 a ZPO als unzulässig ver-

1) Rosenberg Stellvertretung 950, OLG Marienwerder JW 1921/911, OLG Colmar ZZP 33/286, Wieczorek § 88 B II c.

worfen werden [1]. Dies soll aber nur gelten, wenn der Mangel der Bevollmächtigung ausschließlich die Rechtsmittelinstanz betrifft [2]. Für den Fall, daß der Mangel bereits in erster Instanz vorlag, wird hingegen die Abweisung der Klage durch Prozeßurteil für richtig gehlaten [3]. Die Begründung hierfür glaubt man in dem Argument finden zu können, der Mangel des ersten Rechtszuges müsse auch noch in der Rechtsmittelinstanz berücksichtigt werden [4]. Konsequent ist die unterschiedliche Behandlung des eingelegten Rechtsmittels, je nachdem ob die Vertretungsmacht schon in erster Instanz gefehlt hat, oder ob sich der Mangel nur auf die Rechtsmittelinstanz bezieht, jedoch nicht. Denn ist das Rechtsmittel unzulässig, so kommt es gar nicht erst zur Verhandlung über den Berufungsgegenstand, dann ist aber auch für die Überprüfung der Vertretungsmacht im Hinblick auf ihr Vorliegen in erster Instanz kein Raum.

Meines Erachtens muß hier ebenso wie bei der Erhebung der Klage durch einen nichtbevollmächtigten Anwalt auf die Überlegung abgestellt werden, daß ohne Rüge gemäß § 88 II ZPO eine Nachprüfung der Vollmacht durch das Gericht nicht statthaft ist [5]. Danach verpflichtet auch die von einem Nichtbevollmächtigten eingelegte Berufung oder Revision den Vorsitzenden, Termin anzuberaumen, damit das Gericht dann durch Prozeßurteil entscheiden kann. Denn das Rechtsmittel des vollmachtlosen Vertreters ist entgegen der herrschenden Auffassung nicht unzulässig [6].

2. Nur wenn der angebliche Vollmachtgeber, der vielleicht zufällig etwas von der Rechtsmitteleinlegung erfahren hat, noch vor Terminsanberaumung bei Gericht auf den Mangel der Vollmacht hinweist, kann ausnahmsweise von der Anberaumung eines Termins zur mündlichen Verhandlung abgesehen werden, sofern er gleichzeitig zu verstehen gibt, daß er die Prozeßführung nicht genehmigen werde. Ähnlich wie in der besprochenen Ent-

1) Stein-Jonas § 88 III 3, Rosenberg § 51 II 2, Lent-Jauernig § 21 VIII 2, Blomeyer § 9 IV 2, Wieczorek § 88 C II b 2, BGH LM Nr. 4 zu § 97 ZPO.
2) Stein-Jonas § 88 III 3, Wieczorek § 88 C II b 2.
3) Blomeyer § 9 IV 2.
4) Blomeyer § 9 IV 2.
5) Vgl. Anmerkung S. 69 dieser Abhandlung.
6) So auch RGZ 30/401.

scheidung des OLG Schleswig [1] bei feststehender Prozeßunfähigkeit muß auch hier die Versagung der Terminsanberaumung möglich sein. Denn jedes weitere Verfahren wäre zwecklos, da die durch den Nichtbevollmächtigten vertretene Partei es in der Hand hätte, gemäß § 579 I 4 ZPO das Wiederaufnahmeverfahren zu betreiben.

§ 8 DIE POSTULATIONSFÄHIGKEIT ALS PROZESSHANDLUNGSVORAUSSETZUNG

I.

Nach § 78 I ZPO müssen sich die Parteien vor den Landgerichten und vor allen Gerichten des höheren Rechtszuges grundsätzlich durch einen bei dem Prozeßgericht zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten vertreten lassen. Die Befugnis vor diesen Gerichten wirksam handelnd auftreten zu können, wird mit dem Begriff der Postulationsfähigkeit umschrieben. Rosenberg definiert sie als "die Fähigkeit, dem prozessualen Handeln die rechtserhebliche Erscheinungsform zu geben" [2]. Das bedeutet - und hierüber besteht in Rechtsprechung und Schrifttum weitgehend Einigkeit - , daß beispielsweise

1) OLG Schleswig SchlHA 1958/230.
2) Rosenberg § 44 I 2.

die von der postulationsfähigen Partei beim Landgericht eingereichte Klage nicht zur Anberaumung eines Verhandlungstermins führen kann [1]. Denn die Prozeßhandlungen des Postulationsunfähigen sind unwirksam [2].

Hier zieht die herrschende Meinung aus der Unwirksamkeit für die Klageerhebung als Bewirkungshandlung den richtigen Schluß, indem sie die Klageerhebung unbeachtlich sein läßt [3] - eine Konsequenz, die bei anderen Prozeßhandlungsvoraussetzungen in dieser Ausschließlichkeit nicht vertreten wird. So hält - wie wir gesehen haben - Rosenberg beim Fehlen der Prozeßfähigkeit die Verweigerung der Terminsanberaumung nicht auf jeden Fall für richtig. Trotz der seiner Ansicht nach unwirksamen Handlungen des Prozeßunfähigen soll zweckmäßigerweise Termin anberaumt werden, wenn der Mangel der Prozeßfähigkeit nicht feststeht [4].

Noch ein wesentlicher Unterschied ist festzuhalten. Während es nach der neueren herrschenden Meinung außer Zweifel steht, daß auch die Klage eines Parteiunfähigen, Prozeßunfähigen oder nicht zur gesetzlichen Vertretung Legitimierten eine Klage im Sinne des § 253 ZPO ist, die trotz ihrer unwirksamen Erhebung gemäß § 263 ZPO die Rechtshängigkeit der Streitsache und gemäß § 209 I BGB die Unterbrechung der Verjährung zur Folge hat [5], geht man beim Mangel der Postulationsfähigkeit fast einhellig von der Vorstellung aus, es fehle damit ein wesentliches Formerfordernis der Klage, und da eine Klage im Rechtssinne nicht vorliege, könne sie auch nicht anhängig werden, demgemäß trete gemäß § 209 I BGB auch keine Unterbrechung der Verjährung ein [6]. Entsprechend soll das von einem Postulationsunfähigen eingelegte Rechtsmittel auch nicht den Ablauf der Rechtsmittelfrist hindern [7]. Die Postulationsfähigkeit wird danach nicht

1) Rosenberg § 44 II 2, § 89 I 3, Blomeyer § 8 IV 3, Lent § 33 IV 2.
2) OLG Braunschweig MDR 1957/426.
3) Wurzer Gruchot 64/47, Wieczorek § 253 F II a 1, OLG Braunschweig MDR 1957/426.
4) Rosenberg § 91 I 2 b.
5) OLG Hamm MDR 1949/39, Stein-Jonas § 263 I 1, A.A. Just AcP 68/325, Pfizer ZZP 13/182.
6) OLG Braunschweig MDR 1957/426, Soergel-Siebert § 209 Anm. 7.
7) Blomeyer § 8 IV 3.

als Voraussetzung der Zulässigkeit einer Klage sondern als Prozeßexistenzbedingung angesehen. Die Handlungen des Postulationsunfähigen können nach überwiegender Ansicht auch nicht nachträglich durch Genehmigung wirksam werden. Eine Heilung mit Wirkung ex nunc ist nur durch Neuvornahme möglich [1].

II.

Grundsätzlich anderer Ansicht hinsichtlich der Terminsanberaumung und der damit zusammenhängenden Fragen ist das Landgericht Kassel [2]. Es hält den Vorsitzenden (Einzelrichter) für verpflichtet, auf die Klage eines Postulationsunfähigen Termin anzuberaumen. Zwar seien die Prozeßhandlungen einer nicht postulationsfähigen Person grundsätzlich unwirksam und daher unbeachtlich, und streng dogmatisch gesehen müsse gleiches auch für die Klageerhebung gelten, jedoch würde die Behandlung der Klageerhebung als Nichtklage dazu führen, daß eine förmliche Entscheidung nicht ergehen könnte. Zur Vermeidung der Rechtsschutzverweigerung müsse daher die Prüfung der Postulationsfähigkeit im Urteilsverfahren möglich sein.

III.

Daß in der Ablehnung der Terminsanberaumung keine Rechtsschutzverweigerung und auch keine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör liegt, ist bereits erörtert worden. Eine Partei hat Anspruch auf Anhörung im mündlichen Verfahren und auf ein Urteil nur dann, wenn sie die hierfür von der Prozeßordnung aufgestellten Voraussetzungen erfüllt. Im übrigen erscheint der Schluß des Landgerichts Kassel, die Terminsanberaumung dürfe deshalb nicht versagt werden, weil auch der postulationsunfähige Kläger einen Anspruch auf eine in höherer Instanz überprüfbare Entscheidung habe, nicht zwingend. Selbst wenn ein solcher Anspruch bestände, könnte ihm durch einen Beschluß [3], durch welchen die Terminsanberaumung verweigert wird, und der gemäß § 567 ZPO der Beschwerde unterläge, genügt werden.

1) Blomeyer § 8 IV 3, BSG NJW 1960/1493, OLG Braunschweig MDR 1957/426, Stein-Jonas § 78 I 4. A.A. wohl Rosenberg § 44 II 3.
2) LG Kassel MDR 1963/1018.
3) Wieczorek § 253 F II a 1, vgl. Reiner 100 ff.

Auch sonst vermag die Entscheidung des Landgerichts nicht zu überzeugen. Das Gesetz gibt keinerlei Anhaltspunkte für ein partiell wirksames Handeln des Postulationsunfähigen. Anders als bei der fehlenden Bevollmächtigung ist auch gemäß § 89 ZPO nicht die vorläufige Zulassung des Postulationsunfähigen vorgesehen. Auch das Argument des Landgerichts Kassel, die Postulationsfähigkeit könne zweifelhaft sein, deshalb müsse zur Klärung dieser Frage eine Entscheidung (in Urteilsform) verlangt werden, ist hier im Gegensatz zu den bisher erörterten Prozeßhandlungsvoraussetzungen nicht zutreffend. Ein Urteilsverfahren ist nur dann gesetzlich geboten, wenn die Prüfung von Umständen durch den Vorsitzenden bei Terminsanberaumung zu einer Verlagerung des Prozeßstoffes aus dem dafür eigentlich vorgesehenen Urteilsverfahren heraus in ein Verfahren vor Klageerhebung führen würde und dadurch der Grundsatz der Mündlichkeit der Verhandlung - § 128 ZPO - verletzt wäre. Das ist hier aber nicht der Fall.

Der Mangel der Postulationsfähigkeit ist vom Gericht allerdings in jeder Lage des Rechtsstreits zu beachten [1]. Das bedeutet nicht Amtsermittlung sondern Berücksichtigung tatsächlicher Umstände von Amts wegen [2]. Das Gericht hat bei zweifelhafter Postulationsfähigkeit also keine eigene Aufklärungsfunktion. Seine Befugnis geht nur so weit, als es den Vertreter, dessen Postulationsfähigkeit zweifelhaft erscheint, zur Darlegung der Tatsachen, die seine Postulationsfähigkeit begründen, anhalten kann. Obwohl hier rechtlich das gleiche gilt wie z.B. für die Prüfung der Prozeßfähigkeit, ist doch die rein tatsächliche Lage eine ganz andere. Zweifel an der Prozeßfähigkeit oder anderen Prozeßvoraussetzungen werden sich häufig erst nach Terminsanberaumung in der mündlichen Verhandlung und aufgrund des gegnerischen Vortrags ergeben. Dagegen ist es dem Gericht bekannt, ob der Anwalt, der als Vertreter auftritt, zugelassen ist oder nocht [3]. Eine umfangreiche Aufklärung der tatsächlichen Fragen wird dadurch ebenso überflüssig, wie die Mitwirkung des Prozeßgegners, dessen Informiertheit über die Frage der Zulassung naturgemäß schlechter sein muß als die des Gerichts. Da es sich somit bei der Postulationsunfähigkeit eines im Anwaltsprozeß nicht zugelassenen Vertreters um einen Umstand handelt, den der Vorsitzende regelmäßig

1) Rosenberg § 44 II 2.
2) Blomeyer § 14 IV.
3) Vgl. §§ 18 ff BRAO.

schon bei Terminsanberaumung entdeckt und über den sich das Gericht auch außerhalb der mündlichen Verhandlung mit dem betreffenden Vertreter auseinandersetzen kann, ist gegen eine Prüfung der Postulationsfähigkeit bei Terminsbestimmung und gegen eine Verweigerung der Terminsanberaumung bei erwiesener Postulationsunfähigkeit nichts einzuwenden.

Zu einem Zulassungsstreit, der eine mündliche Verhandlung erforderlich machen sollte, kann es kaum konnen, da die Bundesrechtsanwaltsordnung die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft und zu einem bestimmten Gericht sowie das Erlöschen der Zulassung nicht kraft Gesetzes eintreten läßt, sondern an einen Ausspruch der Behörden oder Gerichte knüpft. Selbst für den Fall, daß die Justizverwaltung des Landes, in dem der Rechtsanwalt zugelassen ist, die Zurücknahme der Zulassung verfügt hat - § 16 I BRAO -, ist die Behauptung des demgemäß vom Gericht als postulationsunfähig angesehenen Vertreters, er habe gegen die Zurücknahme seiner Zulassung Antrag auf gerichtliche Entscheidung gestellt und sei daher noch postulationsfähig - § 16 V BRAO - leicht zu klären, ohne daß dazu eine mündliche Verhandlung erforderlich wäre.

Mit der herrschenden Auffassung ist daher die Postulationsfähigkeit im Anwaltsprozeß als Prozeßhandlungsvoraussetzung anzusehen.

Außer bei fehlender Zulassung im Anwaltsprozeß - § 78 I ZPO - liegt Postulationsunfähigkeit auch in den Fällen der §§ 157 I und II ZPO und des § 187 GVG vor. Diese Fälle, in denen die Postulationsunfähigkeit teils auf Gesetzt, teils auf Gerichtsbeschluß beruht, konnten aus der Betrachtung ausgeklammert werden, da sich die Normen nur auf die mündliche Verhandlung beziehen und im Gegensatz zu § 78 I ZPO auf die außerhalb der mündlichen Verhandlung vorgenommenen Prozeßhandlungen keinen Einfluß haben.

§ 9 PROZESSVORAUSSETZUNGEN ALS PROZESSHANDLUNGSVORAUSSETZUNGEN

Die Untersuchung der von Rosenberg so bezeichneten Prozeßhandlungsvoraussetzungen hat nur hinsichtlich der Postulationsfähigkeit die von Rosenberg und der überwiegenden Meinung mit dem Begriff der Prozeßhandlungsvoraussetzungen verbundenen Wirkungen bestätigt. Nur das Fehlen der Postulationsfähigkeit führt bei sämtlichen Prozeßhandlungen zur Unwirksamkeit. Dagegen ist beim Mangel der Parteifähigkeit, der Prozeßfähigkeit, der gesetzlichen und der gewillkürten Vertretung nur das Handeln der Partei oder des Vertreters zur Sache unwirksam. Soweit jedoch beim Mangel dieser Voraussetzungen eine Klage erhoben, ein Rechtsmittel eingelegt oder über das Bestehen oder Nichtbestehen der Voraussetzungen ein Streit geführt wird, sind die hierzu vorgenommenen Prozeßhandlungen wirksam.

Die Parteifähigkeit, die Prozeßfähigkeit und an letzterer Statt die Legitimation des gesetzlichen Vertreters sind aber nicht nur Prozeßhandlungsvoraussetzungen sondern auch Prozeßvoraussetzungen. In der einen Funktion bedingen sie die Wirksamkeit der im Sachprozeß vorgenommenen Handlungen, in der anderen die Zulässigkeit des Sachprozesses als eines Ganzen.

Es fragt sich, ob diese Doppelfunktionalität berechtig ist. Man könnte nämlich der Ansicht sein, daß eine der beiden Begriffsbildungen überflüssig wird, wenn die eine oder andere in der Lage ist, die durch beide ausgedrückten prozeßrechtlichen Zusammenhänge vollständig zu erfassen.

Fehlt die Partei- oder Prozeßfähigkeit schon bei Prozeßbeginn, so entsprechen die an die beiden Funktionen anknüpfenden Wirkungen einander. Im gleichen Umfang, in dem der Prozeß mangels einer Prozeßvoraussetzung unzulässig ist, kann wegen Fehlens der Prozeßhandlungsvoraussetzung keine wirksame Gestaltung des Sachprozesses erfolgen. Sogar die Bewertungen, die hinsichtlich des Prozesses als Ganzen auf die Unzulässigkeit, hinsichtlich einzelner Prozeßhandlungen auf die Unwirksamkeit abstellen, lassen sich aufeinander zurückführen. Denn die unwirksame Klageantragstellung hat - weil Erwirkungshandlung - die Abweisung der Klage als unzulässig zur

Folge. Der Begriff der Prozeßhandlungsvoraussetzung vermag also in diesem Zusammenhang das gleiche zu leisten wie der der Prozeßvoraussetzung.

Anders wäre es, wenn bei nachträglichem Wegfall einer der beiden Voraussetzungen trotz der wirksamen Klageerhebung die Abweisung der Klage als unzulässig erforderlich würde. Diese Prozeßabweisung ließe sich aus dem Begriff der Prozeßhandlungsvoraussetzungen allein nicht erklären.

Jedoch wird das Problem nicht praktsich. Entfällt im Verlaufe des Prozesses die Parteifähigkeit, etwa beim Tod eines Menschen oder durch Erlöschen einer juristischen Person, so kommt es zu einem gesetzlichen Parteiwechsel, und der Prozeß wird von dem Gesamtnachfolger weitergeführt - § 239 ZPO - [1]. Ähnlich verhindert die Zivilprozeßordnung bei nachträglichem Wegfall der Prozeßfähigkeit die eigentlich gebotene Abweisung der Klage als unzulässig, indem sie gemäß § 241 ZPO eine Unterbrechung des Verfahrens eintreten läßt.

Während somit bei der Parteifähigkeit und Prozeßfähigkeit der Begriff der Prozeßhandlungsvoraussetzung den der Prozeßvoraussetzung überflüssig zu machen scheint, kann man dieses umgekehrt vom Begriff der Prozeßvoraussetzung nicht sagen. Das ergibt sich schon aus der Bestimmung des § 579 I 4 ZPO. Sie zeigt, daß es für die Zulässigkeit einer Sachentscheidung nicht ausreicht, wenn beispielsweise die Prozeßfähigkeit einer Partei in der letzten mündlichen Verhandlung gegeben ist. War die Partei zuvor prozeßunfähig, so muß sie auch die während dieser Zeit vorgenommenen unwirksamen Handlungen zur Sache genehmigen, wenn sie ein prozeßabweisendes Urteil vermeiden will. Andernfalls wäre die Klage trotz der inzwischen eingetretenen Prozeßfähigkeit als unzulässig abzuweisen.

Ganz abgesehen davon darf nicht verkannt werden, daß der Begriff der Prozeßhandlung und nicht etwa das wissenschaftliche Arbeitsmodell des "Prozesses als Ganzen" im Mittelpunkt des zivilen Verfahrensrecht steht. Nur an Prozeßhandlungen werden prozeßrechtliche Werturteile angelegt. Dem entspricht es, den Begriff der Prozeßhandlungsvoraussetzungen als den primären anzusehen [2].

---

1) Vgl. Rosenberg § 41 II 1, Lent-Jauernig § 19 III 3.

2) Vgl. Engisch 117, 108, 109. Er hält - wie Beling 166 - die Prozeßfähigkeit im Strafprozeß für eine Prozeßgestaltungsvoraussetzung und zu-

Dennoch ist ein Verzicht auf den Begriff der Prozeßvoraussetzungen nicht zweckmäßig. Wie Sauer, der in diesem Zusammenhang von Prozeßvoraussetzungen ganz allgemein spricht, dargelegt [1], wäre zwar auch ohne einen einheitlichen Begriff der Prozeßvoraussetzungen auszukommen. Es würde genügen, nur von den Voraussetzungen einzelner Handlungen zu sprechen. Praktisch wäre ein solches Verfahren ausreichend, wissenschaftlich könnte es dagegen nicht befriedigen, da es einen Verzicht auf eine höhere Einheit verwandter Erscheinungen bedeuten würde.

---

gleich für eine Prozeßvoraussetzung. Ihre Eigenschaft als Prozeßvoraussetzung beruhe aber auf ihrer Eigenschaft als Prozeßgestaltungsvoraussetzung, denn eben wegen der Unwirksamkeit der Willenserklärungen könne der Prozeß nicht durchgeführt werden.

1) Sauer Grundlagen 160.

LEBENSLAUF

Am 2. Juli 1935 wurde ich als Sohn des Chemikers Dr. Rudolf Groger und seiner Ehefrau Hertha, geb. Stippe, in Leuna, Kreis Merseburg, geboren. Ab 1941 besuchte ich zunächst die Volksschule in Leuna, dann in Deesbach/Thüringen und schließlich in Krefeld-Uerdingen. Die Reifeprüfung legte ich im März 1957 am Gymnasium für Jungen in Holzminden ab. Anschließend studierte ich die Rechtswissenschaften an den Universitäten München, Lausanne, Berlin und Göttingen. Am 24. Februar 1961 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Oldenburg. Seither stehe ich in der Referendarausbildung.

Ich bin seit 1959 verheiratet und habe zwei Kinder.